

المملكة العربية السعودية
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
الفقه المقارن

تصرفات القاضي وأحكامه النيابية وتطبيقاتها القضائية

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب
إبراهيم بن محمد بن عبد الله الفالح

إشراف فضيلة الشيخ الدكتور
عبد الرحمن بن سلامة المزيني
الأستاذ المشارك في الفقه المقارن

العام الجامعي
١٤٣٠ - ١٤٣١ هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

مُقَدِّمَة :

إن الحمد لله نحمده ، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا أما بعد :

فإن نعم الله على عباده كثيرة ، وأفضاله عديدة ، جل أن تحصى وتعد ، قال تعالى ﴿ وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها إن الله غفور رحيم ﴾ (١) ، ومن أولى النعم وأحقها أن تشكر ما أنعم الله به علينا من نعمة الإسلام والإيمان ، وتوفيقه لنا بسلوك طريق أهل العلم .

وقد من الله علي بالاستفادة من أساتذتنا و مشايخنا في هذا المعهد المبارك في مرحلة الماجستير في المعهد العالي للقضاء في قسم الفقه المقارن ، وبقي من المقررات الدراسية البحث التكميلي الذي يصقل علمية الطالب ، ويرسخ قدرته البحثية ، ويوسع مداركه العقلية ، وكان من الصعوبات في هذا البحث الخطوة الأولى وهي اختيار موضوع البحث، فأعملت الفكر في موضوع أستفيد منه أولا في مادته العلمية وذلك بزيادة المعرفة والإلمام بجوانبه ، ثم في حياتي العملية ، وذلك أن العلم يثبت بالعمل والممارسة ، وحيث إن تخصصي هو القضاء فأحببت أن يكون موضوع البحث رافدا لعملي ، فوقع الاختيار بعد البحث والاستشارة ، على موضوع (**تصرفات القاضي وأحكامه النيابية وتطبيقاتها القضائية**) .

(١) سورة النحل آية (١٨) .

إذ إنه من المواضيع الهامة التي تطلع القضاة وغيرهم من المهتمين بما يحق للقضاة من الأحكام والتصرفات التي يحكمون ويتصرفون فيها نيابة عن أطراف الدعوى ، إما جبرا وذلك لتعنت الخصوم كالقسمة والتطليق والفسخ والبيع ونحوها ، أو لقصور في صاحب الحق ، كغيبة ولي الحق ، أو نقص أهليته وغير ذلك .

كما أني اقتصر في هذا البحث على ما يتعلق بنيابة القاضي عن الخصوم في الأحكام أو التصرفات والتقديرات ، فلم أذكر نيابة القاضي عن الأمام أو الوالي لأنه نائب عنه في كل أحكامه القضائية ، وذلك مما يدخل تحت عنوان سلطة القاضي الولائية.

❖ أهمية الموضوع :

١- فيه بيان وإيضاح لكثير من المسائل التي يجوز للقضاة الحكم بها والتصرف فيها ولو لم يأذن أحد أطراف الدعوى ، مما يعطي القضاة القوة في الحجة والثقة في الأحكام .

٢- حاجة الناس عامة والمختصين في القضاء خاصة إلى معرفة صلاحيات القاضي في أحكامه.

٣- فيه إظهار لمكانة الفقه الإسلامي والقضاء في الإسلام وخاصة في شموليته لكثير من حاجات المجتمعات في معالجة مشكلات الولاية وتنازعها وكيفية انتقالها ، وحفظ حقوق الناس .

❖أسباب اختيار الموضوع :

١- كما أسلفت في المقدمة فإن من أسباب اختياري للموضوع ، رغبتي ببحث موضوع يفيدني في حياتي العلمية والعملية ، ويزيد محصلتي العلمية وخصوصا أنه يلزمني البحث في أبواب كثيرة من أبواب الفقه ، والحكم والقضاء.

٢- في هذا الموضوع جمع لما تفرق في الكتب من مسائل الولاية القضائية والنيابية ، في شتى أبواب الفقه ، وبحثها وتأصيلها وبيان مذاهب العلماء فيها .

٣- عدم وجود بحث شامل لأطراف الموضوع ، إضافة إلى أنه قد استجدت مسائل معاصرة في كثير من أبواب الفقه ولها تعلق بحكم القاضي كما في الشركات المساهمة وبيعها وغير ذلك .

❖الدراسات السابقة :

بعد البحث في مكتبة المعهد العالي للقضاء ، والمكتبة المركزية في جامعة الأمام ، وبعد الرجوع إلى مركز الملك فيصل -رحمه الله- للدراسات والبحوث الإسلامية والإطلاع على قائمة الرسائل المسجلة والبحث فيها عن الولايات النيابية ، والأحكام القضائية ، وتصرفات القاضي والحاكم ، وغيرها من مفردات البحث ، لم أجد من جمع في تصرفات وأحكام القاضي النيابية بهذا العنوان أو ما يقاربه .

ولكن هناك من كتب في موضوعات تقتصر على باب معين كفرق النكاح وغيرها.

وهناك من كتب في الولايات عامة وذكر منها ولاية القاضي باقتضاب واختصار وفيما يلي أهم ما رأيت من الكتب التي لها علاقة بموضوع بحثي :

١- **(الولايات الخاصة في الفقه) للباحث محمد الودعاني ، وهي رسالة دكتوراه من المعهد العالي للقضاء لعام ١٤١٣هـ .**

وقد تكلم فيها الباحث عن الولايات وأسبابها ، وأقسامها ، وأنها أصلية ونيابية ، ثم ذكر بابا في أصحاب الولايات النيابية وذكر منهم القاضي حيث ذكر فيه ثمانية مطالب وهي في تعريف القضاء ، وحكم توليه ، وشروط متولي القضاء ، وتخصيص ولاية القاضي حيث ذكر المعمول به في المملكة العربية السعودية ، ثم ذكر مطلبا في الولايات الخاصة للقاضي حيث ذكر بعض الأمثلة كاللقيط والسفيه والمفلس ، ثم ذكر مطلبا في النيابة القضائية ونواب القاضي أي أعوانه ثم ذكر مطلبا أخيرا في انتهاء ولاية القاضي .

ويظهر الفرق بين الموضوعين ، في أن الباحث تكلم عن الولايات عموما الأصلية وغير الأصلية ، سواء كانت للقاضي أو غيره ، فلم يذكر ولاية القاضي في أبواب الفقه.

إضافة إلى أنه لم يتطرق إلى حكم تصرفات القاضي وأحكامه في بعض الأبواب ومتى تصح ولايته .

كما أنه لم يتطرق إلى التطبيقات القضائية التي سأتطرق لها بعون الله مع دراستها ومناقشتها على ضوء ما سأتوصل إليه .

٢- بحث تكميلي بعنوان (النيابة في الطلاق) للباحث حبيب بن فهد البشر ، وهي رسالة ماجستير من المعهد العالي للقضاء في قسم الفقه المقارن لعام ١٤١٣هـ .

وقد ذكر فيها الباحث ثلاثة فصول وهي :

- نيابة الولي في الطلاق .
- التوكيل في الطلاق .
- التفويض في الطلاق .

ثم ذكر في الفصل الأول شروط الولي وترتيب الأولياء ، وحكم نيابتهم ، ثم ذكر حكم نيابة القاضي في الطلاق ، ثم ذكر ضابطا في نيابة القاضي في الطلاق .

ويظهر الفرق في أن الباحث قد اختص في باب من أبواب الفقه وهو الطلاق ، فلم يتطرق إلى غيره من أبواب نيابة القاضي .

ولم يقتصر على النيابة وإنما ذكر التفويض والتوكيل ، مما أدى إلى الاختصار في باب النيابة والذي هو موضوع بحثي .

كما أنه لم يذكر صور نيابة القاضي في الطلاق بالتفصيل ، كما أنه لم يذكر تطبيقات قضائية على بحثه .

٣- كتاب بعنوان (الولاية في الشريعة الإسلامية) للدكتور نزيه حماد – حفظه الله- وهو في (١٣٦) صفحة .

وقد عقد في كتابه أربعة فصول وهي : حقيقة الولاية ، ثم فصل في الولايات العامة، ثم فصل في الولايات الخاصة ، ثم في الفصل الرابع تكلم عن ولاية الله – سبحانه وتعالى- ففي الفصل الأول ذكر تعريف الولاية والألفاظ ذات الصلة .

وأما في الفصل الثاني فقد تكلم عن تعريف الولاية العامة ، وشروطها وواجبات صاحب الولاية ، وحقوقه وفي المبحث الخامس ذكر أنواع الولاية وذكر فيه (٢٣) نوعا وذكر منها ولاية القاضي.

وأما في الفصل الثالث فقد تكلم عن الولايات الخاصة في ثلاثة مباحث وهي : تعريفها ومكانتها ، ثم الشروط المشتركة بين أصحاب الولايات الخاصة ، ثم عقد مبحثا في أنواع الولايات الخاصة ، وذكر فيه الولاية على المال والولاية على النفس بشكل مختصر .

وتظهر الفروق بين الكتاب وبين خطة البحث في ما يلي :

١- ذكرت في الفصل الثاني من الباب الأول أهمية ولاية القاضي واستمدادها ، وما تشمله من أعمال في المملكة العربية السعودية ، ولم يذكر ذلك في كتابه.

٢- ذكرت في الفصل الأول من الباب الثاني حكم تزويج القاضي بسبب فسق الولي ولم يذكر ذلك .

٣- عقدت فصلا كاملا في تصرفات القاضي في كتاب الطلاق وفيه سبعة مباحث ولم يذكر ها .

٤- تكلم في الولاية على المال باقتضاب وخصوصا في ما يتعلق في باب الوقف .

٥- عقدت فصلا كاملا في باب القسمة ولم يذكر الشيخ نزيه حماد منها شيئا .

٦- كما أنه لم يتطرق إلى التطبيقات القضائية التي سأتطرق لها بعون الله مع دراستها ومناقشتها على ضوء ما سأتوصل إليه .

بذلك يتبين ما كان متفقا عليه بين البحثين وذلك في الفصل الأول والثالث من كتاب الشيخ على اختلاف كما بينت .

٤- كتاب بعنوان (الولاية على النفس) من تأليف الأستاذ محمد أبو زهرة .

وكما هو واضح فإن الشيخ كتب هذا الكتاب في الولاية على النفس حيث لم يتطرق إلى الولاية على المال .

وقد بدأ كتابه بتمهيد حول الولاية والحضانة والطلاق .

ثم تكلم عن أسباب الولاية ، وزمن الولاية ، والأولياء وترتيبهم ، وولاية التزويج .

وتتضح الفروق بين بحثي وكتاب الشيخ محمد أبو زهرة فيما يلي :

١- اقتصر في أسباب الولاية على الأسباب الطبيعية وهي الصغر والجنون والأنوثة ولم يذكر الأسباب الأخرى .

٢- اقتصر في أسباب الولاية وعمل الولي على التأديب وحفظه وحفظ ماله ، وحكم تعزيره دون أن يتكلم عن التزويج .

٣- تكلم في زمن الولاية باقتضاب ، وأطال في ذكر القوانين العربية .

٤- ذكر في ولاية التزويج غيبة الولي ، والعضل ، ولم يذكر التزويج للصغر والجنون والفسق .

٥- تكلمت عن تصرفات القاضي النيابية في باب الطلاق ولم يتطرق لها فضيلته .

٦- لم يتطرق إلى الولاية على المال وقد كتبت فيه الباب الثالث .

٧- كان كلام الشيخ شاملا للأولياء سواء كان الولي أبا أو جدا أو وصيا ، بينما لم أتكلم إلا عن ولاية القاضي ، وهو موضوع بحثي .

٥- كتاب بعنوان (النيابة في التصرفات القانونية) للدكتور جمال مرسى بدر .

وقد تكلم فيه مؤلفه عن طبيعة النيابة وعناصرها والنظريات لبيان طبيعة النيابة وأحكامها .

و لم يظهر لي وجه تشابه بين البحثين لأنني قصدت ببحثي بيان ما يحق للقاضي من الأحكام والتصرفات بالنيابة ، وأما الدكتور جمال فقد تكلم عن النيابة بشكل عام وخصوصا في التصرفات القانونية ، وبحثي في الفقه المقارن وليس في القانون .

إلا أنه يستفاد منه في تحليل المصطلحات والفروق بينها .

٦- كتاب بعنوان (السلطة القضائية في النظام الإسلامي) للدكتور هاني محمد المنايلي.

وقد عقد فيه مؤلفه بابين ، الأول في السلطة القضائية في الإسلام ، وتكلم فيه عن مشروعية القضاء، وتاريخ القضاء في مصر .

وأما الباب الثاني فتكلم فيه عن سمات السلطة القضائية ، وذكر الشروط التي يجب توفرها في القاضي في النظامين الإسلامي والوضعي، ثم ذكر سمات القضاء الشرعي وبيان شموخه ، وفي آخر الكتاب تكلم عن أدلة الإثبات .

فلم يتبين لي وجه تشابه بين الكتاب وبين بحثي ، إذ أنه يتكلم عن السلطة القضائية في الإسلام بينما لم أتطرق إلى ذلك ، وإنما كان بحثي في أحكام القاضي وتصرفاته النيابية في أبواب الفقه .

٧- كتاب بعنوان (السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي) للدكتور محمود محمد ناصر بركات ، وأصله رسالة دكتوراه في كلية الشريعة بدمشق .

وقد ذكر فيه مؤلفه خمسة فصول:

أما الفصل الأول فقد بين فيه معنى السلطة التقديرية ، ومصادرها ، ومشروعيتها، وشروطها ، وضوابطها .

وأما الفصل الثاني: فكان في السلطة التقديرية في سير الدعوى ، وشروطها .

وأما الفصل الثالث: فكان في السلطة التقديرية في الإثبات .

وأما الفصل الرابع : فقد ذكر فيه السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى وهو ما يتعلق بعنوان بحثي المقدم ، حيث ذكر فيه ستة مباحث :

الأول : في السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى المدنية وذكر فيه خمس عشرة مسألة لم أتوافق معه إلا على خمس مسائل وهي (ناقص الأهلية ، والمجنون ، والوقف ، قسمة الدور ، المفلس) .

وأما المبحث الثاني فقد ذكر فيه السلطة التقديرية في الحكم على الجنايات وذكر فيه سلطة القاضي التقديرية في الحدود والتعازير وكيفية إثباتها وإقامتها .

أما المبحث الثالث فقد ذكر فيه السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى في الأحوال الشخصية وذكر فيه تسع مسائل وهي : تقدير ولاية التزويج ، ونفقة الزوجة والأقارب ، ومهر المثل ، والمتعة للمفوضة ، وتقدير حياة المفقود ، والوصية، والحضانة ، والتلوم لاحتمال ظهور وارث .

ولا تشابه في هذا المبحث إلا في مسألة ولاية التزويج .

وفي المبحث الرابع ذكر السلطة التقديرية في اختيار طريقة تنفيذ القصاص في النفس .

وفي المبحث الخامس ذكر الأسباب المشددة والأسباب المخففة للعقوبة .

وفي المبحث السادس ذكر سقوط العقوبة واستبدالها .

وأما الفصل الخامس والأخير : فقد عقده لبيان آثار استخدام النشاط التقديري للقاضي .

وبهذا يتبين وجه الفرق بين البحث والكتاب المذكور فيما يلي :

١- فلم يذكر الباب الأول في بحثي وهو الولاية النيابية والولاية القضائية .

٢- كما أنه اختصر في ولاية التزويج و لم يبين متى تنتقل إلى القاضي .

٣- لم يذكر المؤلف ما يتعلق بحكم القاضي وتقديره في كتاب الطلاق .

٤- لم يذكر شيئا من التطبيقات القضائية .

❖ منهج البحث وهو كالآتي:

١. تصوير المسألة المراد بحثها تصويرا دقيقا قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.

٢. إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٣. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع الآتي:

أ ـ تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.

ب ـ ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ج ـ الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك فيها مسلك التخريج.

د ـ توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

هـ ـ استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، و ما يجاب به عنها إن كانت هناك إجابات.

و ـ الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

٤ . الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والجمع والتخريج قدر الإمكان .

٥ . التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

٦. العناية بضرب الأمثلة، خاصة الواقعية.

٧. تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

٨. العناية بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

٩. ترقيم الآيات وبيان سورها مضبوطة بالشكل.

١٠. تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها -إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما- فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منهما.

١١. تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.

١٢. التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

١٣. توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.

١٤. العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة وللأحاديث الشريفة وللآثار ولأقوال العلماء وأميز العلامات أو الأقواس ليكون لكل منها علامته الخاصة.

١٥. تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات.

١٦. ترجمة الأعلام غير المشهورين بإيجاز بذكر الاسم والنسب وتاريخ الوفاة والمذهب العقدي والفقهي والعلم الذي اشتهر به، وأهم مؤلفاته ومصادر ترجمته.

١٧. إذا ورد في البحث ذكر أماكن أو قبائل أو فرق أو أشعار أو غير ذلك أعرف بها مع وضع فهارس لها خاصة إن كان لها من العدد ما يستدعي ذلك.

مراجع البحث:

أرتبها على حسب الترتيب الهجائي وعلى النحو الآتي:

أ- عنوان الكتاب.

ب- اسم المؤلف والمحقق إن وجد.

ت- الدار أو الناشر.

ج - سنة الطبع ورقم الطبعة.

١٨. أتبع البحث بالفهارس الفنية المتعارف عليها، وهي:

فهرس الآيات القرآنية.

فهرس الأحاديث والآثار.

فهرس الأعلام والفرق.

فهرس المراجع والمصادر.

فهرس الموضوعات.

خطة البحث : وتشتمل على مقدمة وتمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة .

وقد كانت خطة هذا البحث على النحو التالي :

المقدمة : وفيها :

- أهمية اختيار الموضوع
- أسباب اختيار الموضوع
- الدراسات السابقة
- منهج البحث
- خطة البحث

التمهيد: وفيه التعريف بمصطلحات البحث .

وذلك في ستة مباحث :

- **المبحث الأول** : تعريف الحكم لغة واصطلاحا
- **المبحث الثاني** : تعريف التصرف لغة واصطلاحا ، و الفرق بين التصرف والحكم
- **المبحث الثالث** : تعريف القضاء لغة واصطلاحا
- **المبحث الرابع** : تعريف النيابة لغة واصطلاحا
- **المبحث الخامس** : أنواع النيابة : نيابة اتفاقية ، نيابة شرعية
- **المبحث السادس** : تعريف الولاية لغة واصطلاحا والفرق بين الولاية والنيابة

الباب الأول : الولاية النيابية والولاية القضائية

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : مشروعية الولاية ، وأقسامها ، وشروطها، وأسبابها.

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : مشروعية الولاية والحكمة منها .

المبحث الثاني : أقسام الولاية وأنواعها .

المبحث الثالث : الشروط في الولي .

المبحث الرابع : أسباب الولاية الطبيعية والطارئة وأثرها على المولى عليه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول :أسباب الولاية الطبيعية : الصغر ، الجنون ، الأنوثة .

المطلب الثاني : أسباب الولاية الطارئة : السفه ، والفلس ، الغيبة ، الرق .

المطلب الثالث : أسباب الولاية الأخرى : الوقف ، الوصية .

المبحث الخامس : تصرفات الأولياء وكيفية ترتيبهم عند الفقهاء.

المبحث السادس : الولايات النيابية : تعريفها واستمدادها .

الفصل الثاني : في بيان ولاية القاضي .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أهمية ولاية القاضي في حفظ الأموال والحقوق .

المبحث الثاني : استمداد ولاية القاضي وما تشمله من أعمال عند الفقهاء .

المبحث الثالث : ولاية القضاء في المملكة العربية السعودية وما تشمله من أعمال نيابية وولائية .

الباب الثاني :تصرفات القاضي النيابية على النفس

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: تصرفات القاضي النيابية في كتاب النكاح

وفيه تمهيد وأربعة مباحث :

تمهيد : في بيان المراد بولاية ونيابة القاضي في النكاح وأنواع الولاية .

المبحث الأول : تزويج القاضي للمرأة إذا ثبت عضل الولي لها.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: تعريف العضل لغة واصطلاحا وحكمه .

المطلب الثاني : أثر العضل في ولاية النكاح ، ومتى تنتقل الولاية إلى القاضي .

المبحث الثاني : تزويج القاضي للمرأة بسبب غيبة الولي .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الغيبة وأقسامها .

المطلب الثاني : متى تنتقل ولاية النكاح للقاضي بسبب غيبة الولي ، وتحديد المدة .

المبحث الثالث : تزويج القاضي للصغير العاقل ، والمجنون المطبق إذا احتاجا للنكاح مع عدم الأب والوصي .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : بيان المراد بالصغير العاقل ، والمجنون المطبق .

المطلب الثاني : متى يزوج القاضي الصغير العاقل والمجنون بدون إذنهما .

المبحث الرابع : تزويج القاضي للمرأة بسبب فسق الولي .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الفسق وضابطه .

المطلب الثاني : خلاف العلماء في انتقال الولاية بسبب الفسق .

الفصل الثاني : تصرفات القاضي النيابية في كتاب الطلاق :

وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : تطليق القاضي على المولي إذا أبى الفيئة نيابة .

المبحث الثاني : تطليق القاضي وفسخه للنكاح إذا كان الفسخ مختلفا فيه كالعنة أو لغياب الزوج نيابة .

المبحث الثالث : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالصداق .

المطلب الثاني : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة .

المبحث الرابع : تفريق القاضي بين المتلاعنين نيابة إذا أبى الزوج الطلاق .

المبحث الخامس : تطليق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع والكفارة أو الطلاق.

المبحث السادس : تفريق القاضي بين الزوجين لعدم الكفاءة .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الكفاءة ، وحكم اشتراطها .

المطلب الثاني : حكم تفريق القاضي بين الزوجين لعدم الكفاءة .

المبحث السابع : فسخ نكاح البنت البالغة إذا زوجها أبوها بغير إذنها وطلبت الفسخ .

الباب الثالث : تصرفات القاضي النيابية على المال :

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول : التصرف في مال المحجور عليهم لفلس أو سفه أو جنون أو صغر ونحوه .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : التعريف بالحجر والفلس والسفه والجنون .

المبحث الثاني : حكم تصرف القاضي في أموالهم وأمد الحجر .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم تصرف القاضي في حفظ أموالهم والمطالبة به .

المطلب الثاني : حكم تصرف القاضي في تنمية أموالهم والاتجار بها .

الفصل الثاني : التصرف في مال اليتيم .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حكم تصرف القاضي في مال اليتيم في جانب الحفظ والمطالبة

بها

المبحث الثاني : حكم تصرف القاضي في مال اليتيم من جانب الاستثمار والتجارة بها

الفصل الثالث : تصرف القاضي في الأوقاف نيابة

وفيه تمهيد ومبحثان :

تمهيد : ولاية القاضي العامة على الأوقاف في الفقه ، والمعمول به في المملكة العربية السعودية

المبحث الأول : تصرف القاضي في الأوقاف المعطلة نيابة عن ناظرها .

المبحث الثاني : تصرف القاضي بالوقف مع وجود الناظر إن تبين خيانته أو فعل مالا يسوغ .

الفصل الرابع : تصرف القاضي في باب القسمة نيابة

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حكم القاضي بالقسمة إجبارا إذا دعا الشريك شريكه للبيع أو للإجارة مما لا يمكن قسمته نيابة عن الشريك.

المبحث الثاني : حكم القاضي بالقسمة إجبارا إذا كان ولي العقار غائبا

- **التطبيقات القضائية ومناقشتها**
- **الخاتمة** : **وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات .**
- **الفهارس ويشمل الفهارس التالية** : فهرس الآيات القرآنية.

فهرس الأحاديث والآثار.

فهرس الأعلام والفرق.

فهرس المراجع والمصادر.

فهرس الموضوعات.

ولا يسعني في ختام هذه المقدمة إلا أن أشكر الله – جل وعلا– على ما من به علي من إتمام هذا البحث ، والإفادة من مصادره ومراجعه ، فقد أثرت حصيلتي الشرعية بعلم أحسب أنه نافع مبارك ، فلله تعالى جزيل الحمد والثناء على نعمائه الظاهرة والباطنة .

كما لا يفوتني أن أزجي الشكر لأهله ، مبتدئا بالمشرف على هذا البحث فضيلة الشيخ الدكتور عبد الرحمن بن سلامة المزيني الأستاذ المشارك في قسم الفقه المقارن ، وعميد المعهد العالي للقضاء ، الذي أفادني بملحوظاته القيمة وتوجيهاته السديدة ، ويسر وسائل الاتصال به ، على كثرة مشاغله ، وكان مثالا للخلق النبيل والتعاون البناء فجزاه الله عني خيرا ، وبارك له في وقته وعلمه .

كما أشكر الدكتور يوسف القاسم ، المناقش لهذا البحث على ما بذل من جهد لتقويم هذا البحث ، والذي أفادني بملحوظاته وتقويمه فجزاه الله عني خير الجزاء .

ولا يفوتني – أيضا– أن أشكر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ممثلة في المعهد العالي للقضاء على ما تبذله من خدمة في نشر العلم والرقي به و إتاحة الفرصة لي للبحث في هذا الموضوع .

كما لا أنسى من لهما الفضل علي صغيرا وكبيرا ، وهما والداي اللذان ربياني على حب العلم وأهله ، وشجعاني على سلوك هذا الطريق ، وأخص بالشكر والدي الدكتور محمد بن عبد الله الفالح على ما أبدى من حرص واهتمام وتقويم لهذا البحث فجزاهما الله خير الجزاء وحفظهما ، وأطال أعمارهما على طاعته.

ولا يفوتني أيضا أن أشكر من أعانتني على دراستي في الماجستير ، وعلى إتمام هذا البحث زوجتي المباركة ، لا حرمها الله الأجر ويسر لها أمر دينها ودنياها .

وختاما فإن هذا البحث جهد بشري يعتريه ما يعتري أعمال البشر من النقص والتقصير لا سيما مع تعدد مواضيع البحث ، وقلة البضاعة من العلم ، وضيق الوقت لكتابته .

أسأل الله الكريم ، أن يبارك في الأعمال ، وأن يصلح النوايا ، وأن يجعل ما كتبت خالصا لوجهه الكريم وأن يجعله حجة لي ، والحمد لله أولا وأخرا ، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

التمهيـــد :

ويشتمل على المباحث التالية :

المبحث الأول : تعريف الحكم لغة واصطلاحا.

المبحث الثاني : تعريف التصرف لغة واصطلاحا والفرق بين التصرف والحكم.

المبحث الثالث : تعريف القضاء لغة واصطلاحا.

المبحث الرابع : تعريف النيابة لغة واصطلاحا.

المبحث الخامس : أنواع النيابة .

المبحث السادس : تعريف الولاية لغة واصطلاحا والفرق بين الولايـــة والنيابة .

المبحث الأول : تعريف الحكم لغة واصطلاحا

أولا الحكم لغة :

الحكم لغةُ : العلم والفقه قال تعالى ﴿يَٰيَحۡيَىٰ خُذِ ٱلۡكِتَٰبَ بِقُوَّةٖۖ وَءَاتَيۡنَٰهُ ٱلۡحُكۡمَ صَبِيّٗا﴾ (١) أي علما وفقها .

وهو مصدر حكم يحكم ، تقول العرب : حكمت وأحكمت وحكمت بمعنى منعت ورددت.

ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم ، لأنه يمنع الظالم من الظلم (٢)

قال ابن فارس(٣): الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع وأول ذلك الحكم ، وهو المنع من الظلم .

وسميت حكمة الدابة لأنها تمنعه ، وسميت الحكمة حكمة لأنها تمنع صاحبها من الجهل (٤) .

(١) سورة مريم:١٢

(٢) لسان العرب (٦٨٨/١)

(٣) هو العلامة اللغوي المحدث أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، الرازي، من أئمة اللغة والأدب، بصيرا بفقه مالك، مناظرا متكلما، ومذهبه في النحو على طريقة الكوفيين ، توفي بالري سنة ٣٩٥هـ، من مؤلفاته: معجم مقاييس اللغة، والمجمل، واللامات.

ينظر: وفيات الأعيان (١١٨/١)، وسير أعلام النبلاء (١٠٣/١٧)، والأعلام (١٩٣/١).

(٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٩١/٢)

ثانيا : تعريف الحكم اصطلاحا :

اختلف العلماء في تعريف الحكم بحسب اختلاف العلوم ، فعلماء الأصـــول لهـــم تعريفهم الخاص وكذا عند الفقهاء ، وكذا عند المحدثين وما يعنينا هنـــا هـــو تعريـــف الفقهاء.

فعرفه بعض الفقهاء بأنه: فصل الخصومة [١].

وعرفه آخر بأنه: فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام .

(ففصل الخصومة) يقصد بها بيان حقيقة الحكم ، والحل للنزاع القائم أمام القاضي سواء صدر بفعل أو قول .

(يصدر من القاضي) يخرج كل من ليس بقاض ممن ليس لهم ولاية القضاء .

(بطريق الإلزام) يخرج بذلك ما يفعله القاضي مما يؤدي إلى إنهاء الـــنزاع وفـــصل الخصومة لا على سبيل الإلزام كما في المصالحة بين المتنازعين[٢].

---

(١) كشاف القناع (٢٦٦/٤)، والإقناع (٢٦٧/١١)

(٢) نظرية الدعوى (٦٤٤)

المبحث الثاني تعريف التصرف لغة واصطلاحا والفرق بين التصرف والحكم

أولا : تعريف التصرف لغة :

صرف رد الشيء عن وجهه صرفه يصرفه صرفا فانصرف وصرف الأمر دبره ووجهه .

وتصرف فلان في الأمر احتال وتقلب فيه ، ولعياله اكتسب .

والصرف أن تصرف إنسانا عن وجه يريده إلى مصرف غير ذلك وصرف الشيء أعمله في غير وجه كأنه يصرفه عن وجه إلى وجه

قال ابن فارس : (صرف) الصاد والراء والفاء معظم بابه يدل على رجع الشيء. من ذلك صرفت القوم صرفا وانصرفوا، إذا رجعتهم فرجعوا (١) .

ثانيا : تعريف التصرف في الاصطلاح .

وأما في الاصطلاح فلم يذكر الفقهاء في كتبهم تعريفا للتصرف ، ولكن يفهم من كلامهم أن التصرف هو : ما يصدر عن الشخص بإرادته ، ويرتب الشرع عليه أحكاما مختلفة (٢).

---

(١) معجم مقاييس اللغة (٣:٣٤٣) لسان العرب (١٨٩/٩) مادة صرف .

(٢) الموسوعة الفقهية (٧١/١٢)

الفرق بين التصرف والحكم :

من المعلوم أن ما يصدر عن القاضي ليست كلها أحكاما بل هناك ما هو حكم تمت شروطه وهناك تصرفات لا تسمى أحكاما .

فكثير من أفعال القاضي كالعقود التي يجريها في أموال الأيتام والغيب وكذلك النكاح الذي يجريه على من لا ولي لها يعدها بعض العلماء من التصرفات التي يجوز نقضها وتغييرها.

فالأحكام إذا صدرت وفق الأصول الشرعية لم يجز نقضها ووجب تنفيذها على من بيده سلطة التنفيذ ، وأما التصرفات الأخرى التي يقوم بها القضاة وغيرهم مما لا تعتبر حكما فيجوز نقضها بالطرق الشرعية .

كما أن ما لا يعتبر حكما لا يشترط فيه ما يشترط في الحكم من سبق الدعوى والخصومة وغير ذلك .

كما أن الخصم في العمل القضائي يتمتع بضمانات أكثر من الضمانات لدى الخصم في العمل الولائي ولذا يرى بعض الفقهاء أن الأحكام الولائية ليست أحكاما بالمعنى الصحيح.

كما أن التصرفات والأعمال الولائية يجوز إلغاؤها أو تعديلها حسب الظروف [1].

---

(١) ينظر : تبصرة الحكام (٩٣/١) كشاف القناع (٣٢٢/٦) نظرية الدعوى (٦٥٦) التنظيم القضائي لسعود بن دريب (٦٧)

المبحث الثالث : تعريف القضاء لغة واصطلاحا

أولا : تعريف القضاء لغة:

القضاء : القطع والفصل ، وهو الإحكام والفراغ من الشيء .

أصله قضاي لأنه من قضيت ، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت .

والقاضي القاطع للأمور المحكم لها ومن يقضي بين الناس بحكم الشرع .

والقضاء الفصل في الحكم ؛ ومنه قوله تعالى : ﴿ ولولا كلمة سبقت من ربك إلى أجل مسمى لقضي بينهم ﴾(١) أي لفصل الحكم بينهم (٢).

ومنه : قضى القاضي بين الخصوم ، أي قطع بينهم في الحكم .

قال ابن فارس : القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمـــر وإتقانه وإنفاذه لجهته، قال الله تعالى: ﴿فقضاهن سبع سموات في يومين﴾(٣) أي أحكم خلقهن.

والقضاء يأتي على عدة معان منها :

١. قضى الشيء قضاء صنعه وقدره ومنه قوله تعالى ﴿فقضاهن سبع سموات في يومين﴾(٤) أي فخلقهن وعملهن وصنعهن وقطعهن وأحكم خلقهن (٥).
٢. القضاء بمعنى العمل ويكون بمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى ﴿فاقض ما أنت قاض﴾ (٦) معناه فاعمل ما أنت عامل.(٧)

---

(١) سورة الشورى :١٤

(٢)تفسير السمعاني (٥/٦٨)

(٣) سورة فصلت :١٢

(٤) سورة فصلت :١٢

(٥)الجامع لأحكام القران للقرطبي (١٥/٣٤٥) ، وغريب القران لابن قتيبة (٢٨٨)

(٦) سورة طه :٧٢

(٧)الجامع لأحكام القران للقرطبي (١١/٢٢٥) ، وتفسير البغوي (٤/١٤٣)

٣. القضاء الحتم والأمر وقضى أي حكم وقوله تعالى ﴿وقــضى ربــك أن لا تعبدوا إلا إياه ﴾ (١) أي أمر ربك وحتم وهو أمر قاطع حتم (٢).

٤. وبمعنى الفراغ قال تعالى: ﴿فلما قضينا عليه الموت﴾(٣)

٥. وهو بمعنى الأداء والإنهاء تقول قضيت ديني ومنه قوله تعالى ﴿وقضينا إلي بني إسرائيل في الكتاب﴾(٤) وقوله ﴿وقضينا إليه ذلك الأمر﴾ (٥) أي أنهينــاه إليه وأبلغناه ذلك .(٦)

٦. وبمعنى البيان ومنه قوله تعالى:﴿من قبل أن يقضى إليك وحيه﴾(٧) أي يبين لك بيانه (٨).

قال الزهري(٩) القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدي أداء أو أوجب أو أعلم أو أنفذ أو أمضي فقد قضي قال وقد جاءت هذه الوجوه كلها في الحديث ومنه القضاء المقرون بالقدر والمراد بالقدر التقدير (١٠)

ثانيا : تعريف القضاء اصطلاحا:

---

(١) سورة الإسراء :٢٣

(٢)تفسير البغوي (٨٥/٥) وابن كثير (٦٤/٥)

(٣) سورة سبأ :١٤ ، ينظر الجامع لأحكام القران للقرطبي (٢٧٧/١٤) وفتح القدير (٩٦/٦)

(٤) سورة الإسراء :٤

(٥) سورة الحجر :٦٦

(٦) الجامع لأحكام القران للقرطبي(٣٦٤/٨) وإعراب القران للنحاس (٢٦٢/٢)

(٧) سورة طه :١١٤

(٨)تفسير الطبري (١٨١/١٦) .

(٩)الزهري :هو الإمام المحدث أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الزهري، من بني زهرة بن كلاب من قريش، أول من دون الحديث، ومن كبار الحفاظ والفقهاء من أهل المدينة، نزل الشام واستقر بها، كان يحفظ ألفين ومئتي حديث، توفي سنة ١٢٤هـــ.
ينظر: تهذيب الكمال (٤١٩/٢٦)، وسير أعلام النبلاء (٣٢٦/٥).

(١٠) لسان العرب ١٨٦/١٥، مادة قضى ، معجم مقاييس اللغة ٩٩/٥، تاج العروس(٣٩/ ٣١٠)

عرفه الحنفية بأنه :فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص[١].

وعرفه المالكية بأنه : الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[٢].

وعرفه الشافعية بأنه : إظهار حكم الشرع في الواقعة ممن يجب عليه إمضاؤه فيه.

وقيل فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى [٣].

وعرفه الحنابلة بأنه : تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفض الخصومات(٤).

المبحث الرابع : تعريف النيابة لغة واصطلاحا

(١)حاشية ابن عابدين (٣٥٢/٥)

(٢)مواهب الجليل (٦٤/٨) و تبصرة الحكام (١٢)

(٣)مغني المحتاج (٤٨/١٩) .

(٤) حاشية الروض المربع (٥٠٨/٧)

أولا: تعريف النيابة لغة

النيابة في اللغة : : من ناب ينوب نوبا ومنابا أي قام مقامي ، يقال : ناب عني في هـــذا الأمر نيابة إذا قام مقامي وناب عني في هذا الأمر نيابة إذا قام مقامك وهي جعل الإنسان غيره نائبا عنه في الأمر .

والنائب : من قام مقام غيره في أمر أو عمل(١).

ثانيا : تعريف النيابة في الاصطلاح :

تستعمل النيابة في المعنى الاصطلاحي على تقدير الوضع اللغوي وهو قيام الإنسان عـــن غيره في مباشرة تصرف من التصرفات .

فقيل هي : قيام الإنسان عن غيره بفعل أمر .

وقيل هي الولايات الخاصة التي يستمدها صاحبها من الولي الأصلي بإنابته له (٢)

---

(١) لسان العرب (٧٧٤/١) ، المصباح المنير (٢٤/١٠) تاج العروس (٣١٥/٤)

(٢)ينظر حاشية الدسوقي (٣٣١/٥) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي (١١٩)

المبحث الخامس : أنواع النيابة

تتنوع النيابة الشرعية عن الغير إلى نوعين : نوع يثبت بتولية المالك (اتفاقية ، اختيارية) ونوع يثبت شرعا لا بتولية المالك (شرعية ، إجبارية) .

أولا : النيابة الاتفاقية (وهي الوكالة) :

أجمع الفقهاء على أن الوكالة جائزة في الجملة، واستدلوا على ذلك بأدلة:

فمن الكتاب :

١. قوله عز وجل : ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾(١).

ومن السنة :

٢. ومنها : حديث عروة البارقي(٢) – رضي الله عنه – أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري له به شاة ، فاشترى له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ، فجاءه بدينار وشاة ، فدعا له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه (٣) .

٣. وقد أجمع المسلمون على مشروعية الوكالة منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا .(٤)

---

(١) سورة الكهف:١٩

(٢)عروة بن عياض بن أبي الجعد البارقي وبارق في الأزد، يقال: إن البارق جبل نزله بعض الأزديين فنسبوا إليه، وهو الذي أرسله النبي صلى الله عليه و سلم ليشتري الشاة بدينار فاشترى به شاتين والحديث مشهور في البخاري وغيره استعمله عمر بن الخطاب على قضاء الكوفة وضم إليه سلمان بن ربيعة وذلك قبل أن يستقضي شريحا ، وكان فيمن حضر فتوح الشام ونزلها ثم سيرة عثمان إلى الكوفة

الاستيعاب ٣٢٧/١ ، الإصابة ٤٨٨/٤.

(٣) أخرجه البخاري في المناقب قبل باب فضائل الصحابة برقم (٣٤٤٣)

(٤)حاشية ابن عابدين ٥ / ٥٠٩ ، وحاشية الدسوقي ٣ / ٣٣٩ ، والمجموع ١٣ / ٥٣٥ ، ونهاية المحتاج ٥ / ١٥، ومغني المحتاج (٢١٧/٢) المغني ٥ / ٨٧ ، وانظر منتهى الإرادات ٢ / ٤٦١ .

ثانيا : النيابة الشرعية :

النيابة الشرعية – وهي الولاية – ثابتة شرعا على العاجزين عن التصرف بأنفسهم بسبب الصغر وما في معناه ، وذلك بالقرآن والسنة والمعقول .

أما القرآن فقد وردت منه آيات كثيرة تدل على الولاية :

١. من ذلك قوله تعالى : ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾(١)

٢. وقوله تعالى :﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ﴾(٢)

٣. وقوله تعالى : ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ ﴾ (٣)

فهذه الآيات خطاب للأولياء على المال والنفس .

وأما السنة فأحاديث كثيرة وردت في شرعية الولاية ، منها :

١- ما رواه أبو موسى الأشعري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لا نكاح إلا بولي"(٤)

٢- وعن عائشة(٥) – رضي الله عنها – أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ،

(١) سورة النساء :٥

(٢) سورة النساء:٦

(٣) سورة النور :٢٣

(٤)أخرجه أبو داود، في النكاح باب في الولي (٦٣٥/١) برقم (٢٠٨٥)، والترمذي ٤٠٧/٣، في النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، برقم (١١٠١)،وقال الترمذي: هذا حديث حسن وصححه الألباني في الإرواء (١٠٦/٨)

(٥)هي أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق، تزوجها النبي صلى الله عليه و سلم بعد وفاة خديجة قبل الهجرة، و دخل بها في شوال سنة اثنتين بعد منصرفه من بدر و عمرها تسع سنين، و لم يتزوج صلى الله عليه و سلم بكرا غيرها، و كانت رضي الله عنها من أفقه النساء و أعلمهن، توفيت في المدينة سنة سبع و خمسين و دفنت بالبقيع. ينظر سير أعلام النبلاء ١٣٥/٢، والإصابة في تمييز الصحابة (٢٧/١٤).، البداية و النهاية ٩١/٨.

فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا ، فالسلطان ولي من لا ولي له ".(١)

وأما المعقول:

١- فإن ثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر من باب الإعانة على البر ، ومن باب الإحسان ، ومن باب إعانة الضعيف وإغاثة اللهفان ، وكل ذلك حسن عقلا وشرعا .

٢- ولأن ذلك من باب شكر النعمة وهي نعمة القدرة ، إذ شكر كل نعمة على حسب هذه النعمة ، فشكر نعمة القدرة معونة العاجز ، وشكر النعمة واجب شرعا و عقلا فضلا عن الجواز . (٢)

أنواع النيابة الشرعية :

النيابة الشرعية هي الولاية ، والولاية تتنوع إلى نوعين باعتبار محلها :

ولاية على المال ، وولاية على النفس .

١. فالولاية على المال هي سلطة الولي على أن يعقد العقود والتصرفات المتعلقة بأموال المولى عليه ، وتكون تصرفاته وعقوده نافذة دون الحاجة إلى إذن من أحد .

٢. والولاية على النفس هي السلطة على شئون الصغير ونحوه المتعلقة بشخصه ونفسه ، ويدخل فيها تزويجه [٣].

(١)أخرجه أبو داود ٢/٢٢٩، في النكاح: باب في الولي، حديث ٢٠٨٣، والترمذي ٣/٣٩٨، في النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث ١١٠٢، وابن ماجة ١/٦٠٥، في النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث ١٨٧٩، ٤٠٧٤، والحاكم في المستدرك ٢/١٦٨. وقال: صحيح على شرط الشيخين، وصححه ابن حبان. وقال الترمذي: هذا حديث حسن. وصححه الألباني في الإرواء (٦/٢٤٣)

(٢) البدائع ٥ / ١٥٢ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته (٤/٤٩٥) ، الولاية على النفس لحسن الشاذلي (٦).

المبحث السادس : تعريف الولاية لغة واصطلاحا والفرق بين الولاية والنيابة

أولا : تعريف الولاية لغة :

ولي الشيء و ولي عليه ولاية و ولاية ، قال سيبويه[1]: الولاية بالفتح المصدر و الولاية بالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة لأنه اسم لما توليته وقمت به فإذا أرادوا المصدر فتحوا وتأتي في اللغة على معان منها :

١. النصرة : يقال هم على ولاية أي مجتمعون في النصرة ، ومنه قوله تعالى ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَـٰيَتِهِم مِّن شَيۡءٍ﴾[2]

٢. السلطان : يقال البصرة في ولاية المسلمين أي في سلطانهم .

٣. القرب والدنو يقال : تباعدنا بعد ولي.

٤. المحب : وهو ضد العدو ، اسم من والاه إذا أحبه .

قال ابن الأثير[1]: وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة و الفعل ، وما لم يجتمع ذلك فيها لم يطلق عليه اسم الوالي ، والولي هو ولي اليتيم الذي يتولى أمره ، ويقوم بكفايته، وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها[2].

---

(١)عمرو بن عثمان بن قنبر مولى بني الحارث أبو بشر ويقال أبو الحسن إمام النحاة، وأول من بسط علم النحو ولد في إحدى قرى شيراز، وقدم البصرة، فلزم الخليل بن أحمد ففاقه ،وأخذ عن عيسى بن عمر الثقفي ويونس وغيرهم واللغة عن أبي الخطاب الأخفش ووضع كتابه المنسوب إليه الذي طار طائره في الآفاق توفي سنة ١٨٠ هـ بشيراز البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة ١/ ٤٩ ، الأعلام ٥/٨١

(٢) سورة الأنفال:٧٢

ثانيا: تعريف الولاية اصطلاحا :

عرفت بأنها : تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى[٣].

ويلاحظ على هذا التعريف قصره على ولاية الإجبار فهو غير جامع.

وقيل: هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها.

أي ترتيب الآثار الشرعية عليها.

والولاية على القاصر: هي إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية والمالية[٤].

وعرفها الدكتور حسن الشاذلي بأنها : سلطة يثبتها الشرع لإنسان معين تمكنه من رعاية المولى عليه من نفس أو مال ، وحفظه وتنميته بالطرق المشروعة .

وهو تعريف جيد إلا أن المعنى اللغوي هو الأصل وإذا أريد به معنى زائد فإنه يقيد به[٥].

---

(١)هو المبارك بن محمد بن محمد بن عبد الكريم ، أبو السعادات مجد الدين الشيباني الجزري ، ولد ونشأ في جزيرة ابن عمر سنة ٥٤٤هـ كان فاضلا ، رئيسا مشار إليه ، تنقل في الولايات واتصل بصاحب الموصل وولي ديوان الإنشاء . عرض له مرض كف يديه ورجليه ومنعه الكتابة فانقطع في بيته . قيل إن تصانيفه كلها ألفها في زمن مرضه إملاء على طلبته من تصانيفه : " النهاية في غريب الحديث " و " جامع الأصول في أحاديث الرسول " في التفسير توفي سنة ٦٠٦هـ طبقات الشافعية٥/ ١٥٣، وبغية الوعاة٢ / ٢٧٤ والأعلام للزركلي٦ / ١٥٢ .

(٢) ينظر لسان العرب مادة ولي . معجم مقاييس اللغة (٢٤٢/٤٠) مختار الصحاح (٧٣٦) .

(٣)حاشية ابن عابدين (٥٥/٣) .

(٤)الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبه الزحيلي (٤٩٤/٤) .

(٥)الولايات الخاصة في الفقه (٢١)

الباب الأول

الفصل الأول : مشروعية الولاية ، وأقسامها ، وشروطها، وأسبابها.

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : مشروعية الولاية والحكمة منها .

المبحث الثاني : أقسام الولاية وأنواعها .

المبحث الثالث : الشروط في الولي .

المبحث الرابع : أسباب الولاية الطبيعية والطارئة وأثرها على المولى عليه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول :أسباب الولاية الطبيعية : الصغر ، الجنون ، الأنوثة .

المطلب الثاني : أسباب الولاية الطارئة : السفه ، والفلس ، الغيبة ، الرق .

المطلب الثالث : أسباب الولاية الأخرى : الوقف ، الوصية .

المبحث الخامس : تصرفات الأولياء وكيفية ترتيبهم عند الفقهاء.

المبحث السادس : الولايات النيابية : تعريفها واستمدادها .

المبحث الأول : مشروعية الولاية والحكمة منها

إن مما لا شك فيه أن الله سبحانه خلق الخلق وهم مختلفون في أفهامهم وإدراكهم وطبائعهم ، فمنهم الفطن الذكي ومنهم البليد ، ومنهم من له نزعة حب السيطرة وإدارة الأمور مما يؤدي إلى ولاية بعضهم على بعض ، فيتولى القوي الضعيف ويتولى الكبير الصغير.

وإن من الحقائق المسلمة أنه لابد في هذا المجتمع البشري الهائل من التعدي والتفريط في جانب الولاية ، فمن الناس من يسيطر على أمور ليست تحت يده ويستخدمها استخداما خاطئا ، ومن الناس من يفرط في الولاية التي أوكلت إليه .

فكان لا بد من حد حدود للولاية لتجلب المصالح وتدرأ المفاسد عن الفرد والمجتمع.

والإسلام بدوره جمع ما يحتاجه البشر لصلاح أمر دينهم ودنياهم ، ومن ذلك ذكره للولاية في الكتاب والسنة بأنواعها وطرق العمل بها .

فقد قال الله تعالى : ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا ٥٨﴾ (١)

قال علي بن أبي طالب[٢] – رضي الله عنه – هذا خطاب لولاة المسلمين خاصة ، فهي للنبي ﷺ وأمرائه ثم تتناول من بعدهم (١).

---

(١) سورة النساء:٥٨

(٢)هو الصحابي الجليل أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب القرشي الهاشمي، أمير المؤمنين ابن عم النبي ﷺ ، وأول من أسلم من الصبيان، ولد قبل البعثة بعشر سنين، وتربى في حجر النبي ﷺ ، وشهد المشاهد كلها مع النبي ﷺ إلا تبوك، وزوجه بنته فاطمة، وهو من العشرة المبشرين بالجنة، ومناقبه كثيرة، وروى كثيرا من الأحاديث، واشتهر بالفروسية والشجاعة، وكان من أهل العلم والفتيا، وبويع بالخلافة بعد عثمان ﷺ ، توفي سنة ٤٠هـ.ينظر: تهذيب الكمال للمزي (٢٠/٤٧٢)، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٧/٢٨٣).

وكما قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾(٢).

فإيجاب طاعة ولاة الأمور فيما لا معصية فيه ، دليل على ولايتهم على الرعية قال ابن كثير : ﴿وأولي الأمر منكم﴾ أي فيما أمروكم به من طاعة الله لا في معصية الله، فإنه لا طاعة لمخلوق في معصية الله (٣).

أما السنة فقد وردت أحاديث ذكرت فيها الولاية بأنواعها والحض على طاعة ولاة الأمر من المسلمين ، كما روى عن العرباض بن سارية(٤) قال : وعظنا رسول الله ﷺ موعظة ذرفت منها العيون ووجلت منها القلوب قلنا يا رسول الله إن هذه لموعظة مودع فماذا تعهد إلينا قال قد تركتكم على البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها بعدي إلا هالك ومن يعش منكم فسيرى اختلافا كثيرا فعليكم بما عرفتم من سنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين وعليكم بالطاعة وإن عبدا حبشيا عضوا عليها بالنواجذ فإنما المؤمن كالجمل الأنف حيثما انقيد انقاد (٥).

---

(١) الجامع لأحكام القران للقرطبي (٥/٢٥٦)

(٢) سورة النساء:٥٩

(٣) تفسير ابن كثير (٢/٣٤٥)

(٤)هو الصحابي الجليل العرباض بن سارية، أبو نجيح، السلمي، من أهل الصفة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم روت عنه ابنته أم حبيبة وكذلك روى عنه عبد الرحمن بن عمر السلمي وسويد بن جبلة السلمي وعمرو بن الأسود العنسي وغيرهم قال أبو بكر بن البرقي : له بضعة عشر حديثا توفي عام ٧٥هـ. تهذيب التهذيب ٧ / ١٧٤، وأسد الغابة ٣ / ٣٩٩، وسير أعلام النبلاء ٣ / ٤١٩، والاستيعاب ٣ / ١٢٣٨ .

(٥) رواه الإمام أحمد في المسند (٤/١٢٦) برقم (١٧١٨٢) ، والترمذي في سننه في العلم عن رسول الله صلى الله عليه و سلم باب الأخذ بالسنة (٤/٣٤١) برقم (٢٦٧٦) وأبو داود باب في في السنة في لزوم السنة برقم (٤٦٠٩) والحاكم (١/١٧٦) وصححه الحاكم والألباني في الإرواء (٨/١٠٦)

ففي هذا الحديث الحث على إتباع سنته وسنة الخلفاء الراشدين في شئون الحكم والسياسة ولهذا اعتبرت الشريعة الإسلامية ولاية أمر الناس من أعظم واجبات الدين، بل لا قيام للدين إلا بها، لأن بني آدم لا تتم مصلحتهم إلا بالاجتماع، لحاجة بعضهم إلى بعض، ولا بد لهم عند الاجتماع من رأس، حتى قال النبيﷺ : إذا خرج ثلاثة في سفر فليؤمروا أحدهم [١] . فأوجب عليه الصلاة والسلام تأمير الواحد في الاجتماع القليل العارض في السفر، تنبيها بذلك على سائر أنواع الاجتماع [٢]

ومن ذلك أيضا ما ورد في القرآن الكريم من بيان الولاية الخاصة على السفيه واليتيم حتى يبلغ رشده قال تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾[٣].

وقال تعالى في اليتيم : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[٤].

فالآيتان صريحتان في بيان الولاية على مال اليتيم حتى يؤنس منه الرشد وعلى السفيه حتى يعقل ويحسن التصرف والخطاب في ذلك متوجه إلى أوليائهم .

---

(١) أخرجه أبو داود من حديث أبي سعيد الخدري في في الجهاد باب في القوم يسافرون يؤمرون أحدهم برقم (٢٦١٠) ، والحاكم في مستدركه (٦١١/١) وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه

(٢)السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٢١٧، ومجموع فتاوى ابن تيمية (٣٩٠/٢٨)

(٣) سورة النساء :٥

(٤) سورة النساء :٦

وكذلك ما ورد عنه عليه الصلاة والسلام بعدم صحة نكاح المرأة إلا بـــولي مـــن الرجال فقد روى أبو موسى[1] أن النبي -ﷺ- قال« لا نكاح إلا بولي»(٢)

إلى غير ذلك من النصوص التي تدل على مشروعية الولاية ومدى حاجـــة النـــاس لها(٣).

---

(١)هو أبو موسى عبد الله بن قيس بن سليم من الأشعريين ومن أهل زبيد باليمن صحابي من الشجعان الفاتحين الولاة قدم مكة عند ظهور الإسلام فأسلم وهاجر إلى الحبشة واستعمله النبي صلى الله عليه وسلم على زبيد وعدن وولاه عمر بن الخطاب البصرة سنة ١٧هـــ ، فافتتح أصبهان والأهواز ولما ولي عثمان أقره عليها ثم ولاه الكوفة وأقره علي ثم عزله ثم كان أحد الحكمين بين علي ومعاوية وبعد التحكيم رجع إلى الكوفة وتوفي بها عام ٤٤هـــ

الأعلام للزركلي ٤ / ٢٥٤ ؛ والإصابة ١ / ٤٤٢

(٢) رواه أبو داود في النكاح باب في الولي برقم (٢٠٨٧) ، والترمذي في النكاح باب ما جاء لا نكاح إلا بولي برقم (١١٠١) وصححه الحاكم في مستدركه والشيخ الألباني في الإرواء (١٠٦/٨)

(٣) ينظر الأحكام السلطانية (٥).

المبحث الثاني : أقسام الولاية وأنواعها

تنقسم الولاية إلى أقسام عدة باعتبارات مختلفة ، فهي تنقسم باعتبـــار محلـــها إلى قسمين [١]:

١- **ولاية عامة** : وهي الولاية على أشخاص غير معينين وتعرف بأنها [سلطة على إلزام الغير وإنفاذ التصرف عليه بدون تفويض منه] و تتعلق بأمور الدين والدنيا والنفس والمال، وتهيمن على مرافق الحياة العامة وشؤونها، من أجل جلب المصالح للأمـــة ودرء المفاسد عنها ، وهي الولاية التي تكون للإمام والخليفة على رعيته وهي كذلك لمن ينيبه السلطان من القضاة وولاة الأقاليم .

٢- **ولاية خاصة** : وهي الولاية على أشخاص معينين ، و تطلق ويراد بهـــا أحـــد ثلاثة أمور عند الفقهاء :

أ- النيابة الجبرية التي يفوض فيها الشرع أو القضاء شخصا كبيرا راشدا بأن يتصرف لمصلحة القاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية .

ب- ولاية المتولي على الوقف . وهذه الولاية ليست ناشئة عن نقص أهلية ولا علاقة لها بالنفس أصلا ، وإنما هي ولاية مالية محضة ، يفوض صاحبها بحفظ المال الموقوف والعمل على إبقائه صالحا ناميا بحسب شرط الواقف .

ج- السلطة التي جعلها الشرع بيد أهل القتيل في استيفاء القصاص من قاتله أو العفو عنه إلى الدية أو مطلقا ، وفقا لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۗ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾ ﴾ [٢]

---

(١)الأحكام السلطانية للماوردي (٤/١) و الأحكام السلطانية للفراء (٣٠/١) وحاشية ابن عابدين (٥٤٨/١) ، وكشاف القناع (٢٣/١٥) .

(٢) سورة الإسراء :٣٣

كما تنقسم الولايات باعتبار مصدرها إلى قسمين :

١- ولاية أصلية : وهي الولاية التي تثبت لصاحبها ابتداء دون واسطة لمعنى فيه كولاية الأب على ولده ، والسلطان على رعيته .

٢- ولاية نيابية : وهي التي تجعل للغير بإنابة غيره له كالوصي والقاضي ونحوهما .

كما تنقسم الولاية باعتبار ما تتعلق به إلى قسمين :

١- ولاية على النفس : وتعني القيام بكل ما يحتاجه المولى عليه من حضانة وتربية وتزويج وتأديب .

ولاية على المال : وتعنى بالمحافظة على مال المولى عليه وتنميته ووضعه في مستحقه(١).

(١) الولايات الخاصة في الفقه (٢٤) ونظام القضاء في الإسلام (٣٤)

المبحث الثالث : الشروط في الولي

ذكر الفقهاء شروطا لا بد من توفرها في كل من استحق الولاية بأنواعها ، لضمان المقصود من الولاية وهو ، رعاية مصالح المولى عليه ، وتتنوع هذه الشروط بحسب نوع الولاية ، وبحسب اعتبار الفقهاء لهذه الشروط، وسوف أذكرها إجمالا :

أولا : الإسلام : هذا إذا كان المولى عليه مسلما ، أو منشأ من مسلم كالوقف والوصية ، لأن الولاية سلطة شرعية ، تتضمن العلو والرفعة ، جعلها الله تعالى للولي ، ولا يسوغ أن يسلط غير المسلم على المسلم ، لأن الله تعالى يقول ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾ [(١)] .

كما أن في تولية غير المسلم على المسلم تعريضا للمولى عليه للخطر ، في دينه وماله وعرضه ، لأن الأصل في الولاية أنها قائمة بسبب الموالاة والنصرة وهذه منفية بين المسلم وغير المسلم ، أما إذا كان المولى عليه غير مسلم ، فلا مانع من تولية من كان على دينه عليه .

ثانيا : البلوغ : لأن غير البالغ لا يلي نفسه لقصوره وعجزه ، ولذلك لا يلي أمر غيره من باب أولى ، لأن أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولى عليه وذلك بكمال العقل والرأي ولم يوجد .

ثالثا : العقل : وهو ملكة تمكن صاحبها من التفريق بين النافع والضار ، والحسن والقبيح ، فمن فقدها فهو قاصر محتاج لمن يلي أمره ، ولذلك فإنه لا يلي أمر غيره من باب أولى .

---

(١) النساء :١٤١

رابعا : **الحرية** : وهي نعمة إذا فقدها الإنسان كان رقيقا ، يجري عليه الملك ، وإذا كان كذلك فلا يسوغ أن يجعل له سلطة على غيره ، ولأن الولاية تنبئ عن المالكية ، والشخص الواحد كيف يكون مالكا ومملوكا في زمان واحد .

كما أن انشغاله بخدمة سيده من أسباب سلب الولاية عنه ، أما إذا أذن له سيده في تولي أمر ما ، فإن له ولاية خاصة ، على ما أمره به سيده ، وتكون هذه الولاية من ولاية السيد ، لا من ولاية الرقيق .

خامسا : **الذكورة** : الذكورة من الشروط الواجب توافرها في أكثر الولايات الأصلية ، بل تشترط في جميعها ، إلا ما كانت مستمدة بسبب الملك ، فإنها يمكن أن تكون للأنثى ، كمالكة الرقيق ، والواقفة على وقفها ، ولا تلي غير ذلك في الولايات الأصلية ، كما هو مذهب الجمهور ، سواء كانت تلك الولاية عامة أو خاصة .

إلا أن الأنثى يمكن أن تلي أمر غيرها ، إذا أنيبت من صاحب الولاية الأصلي ، أو من القاضي بولايته العامة ، في أمر يمكن لها القيام به ، كحضانة أولادها أو نحو ذلك ، بيد أن هناك ولايات أخرى لا يمكن أن تليها الأنثى كالولاية العامة ، أو ولاية التزويج على رأي جمهور الفقهاء.

سادسا : **القدرة** : ذلك أن الولاية تحتاج إلى نظر ومعرفة ، وقيام بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد ، وفي تولية العاجز لأي سبب كهرم أو إهمال أو انشغال أو نحو ذلك ، فيه تعريض لمصالح المولى عليه للضياع ، إلا أن الأب يتسامح فيه لكمال شفقته ، حيث يمكن له الاستعانة بمن يقوم عنه بأعمال الولاية ، ويمكن لنائب السلطان وهو القاضي أن يجعل معه من يشرف على ولايته ، إن كان هناك ما يستدعي لذلك .

هذه هي الشروط الواجب توافرها في كل ولي ، إلا الذكورة فإنها تشترط في أكثر الولايات ، على أن هناك من الولايات ما يستوجب شروطا غيرها [1].

---

(١)ينظر في الشروط في الولي بدائع الصنائع (٢/٢٣٩) ، حاشية ابن عابدين (٥/٤٤٨) ، بداية المجتهد (٢/١٢) ، كشاف القناع (٣/٤٤٦) .

المبحث الرابع :- أسباب الولاية الطبيعية والطارئة وأثرها على المولى عليه .

المطلب الأول: أسباب الولاية الطبيعة: الصغر، الجنون، الأنوثة.

أولا :- الصغر:

وهو **لغة** : ضد الكبر وخلاف العظم ، ويكون الصغر في السن وفي الحجم تقول طفل صغير وحجر صغير(١).

وأما اصطلاحا : فهو كل من لم يدرك سن البلوغ .

وقد بين الفقهاء أن للصغر مرحلتين :

المرحلة الأولى :- تبدأ منذ ولادة الإنسان إلى ما قبل الإدراك والتمييز ويسمى بالصغير غير المميز . وقدرها الفقهاء بما قبل السابعة .

المرحلة الثانية :- تبدأ من حين إدراك الصغير حتى درجة البلوغ ويسمى بالصغير المميز وقدرها العلماء بما بعد السابعة .

وضابط الصغير المميز أن يفهم مالا يفهمه من هو دونه لكنه دون درجة فهم البالغ.(٢)

---

(١) لسان العرب (٤/٤٥٨) ، الفروق اللغوية للعسكري (١/١٩٤) .

(٢)ينظر الإحكام للآمدي (١/١١٤)

حكم الحجر على الصغير :

والأصل في الصغير أنه محجور عليه لحظ نفسه لقوله تعـالى ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[(١)]

وهذه الآية خطاب للجميع في بيان كيفية دفع أموالهم. وقيل: إنها نزلت في ثابت بن رفاعة وفي عمه. وذلك أن رفاعة توفي وترك ابنه وهو صغير، فأتى عم ثابت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن ابن أخي يتيم في حجري فما يحل لي من ماله، ومتى أدفع إليه ماله؟ فأنزل الله تعالى هذه الآية (٢)

قال الشافعي[(٣)] -رحمه الله ــ فلما علق الله تعالى دفع المال إلى اليتـيم بـالبلوغ و إيناس الرشد ، علم أنه قبل البلوغ ممنوع من ماله محجور عليه فيه (٤).

وفي الحديث عن النبيﷺ أنه قال: (رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، و عن الصبي حتى يحتلم ، و عن المجنون حتى يعقل) (٥) .

---

(١)سورة النساء آية ٦،٥ .

(٢) تفسير القرطبي (٣٤/٥) .

(٣) أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي المطلبي، يجتمع نسبه مع رسول الله ﷺ في عبد مناف، أحد الأئمة الأربعة، وإليه ينسب مذهب الشافعية، ولد بغزة سنة ١٥٠هـ، ونشأ يتيما في حجر أمه بمكة، حتى فاق فيه الأقران، ثم أقبل على العربية والشعر، فبرع في ذلك وتقدم، ثم حبب إليه الفقه، فساد أهل زمانه، وأفتى وهو ابن عشرين سنة، وكان ذكيا مفرطا، وقصد مصر سنة ١٩٩هـ، وتوفي بالقاهرة سنة ٢٠٤هـ، من مؤلفاته : الأم، والرسالة، وأحكام القرآن.

ينظر: طبقات الشافعية الكبرى (٧١/٢)، وسير أعلام النبلاء (٥/١٠)، والأعلام (٢٦/٦).

(٤) المجموع (٣٤٥/١٣) .

(٥) رواه أبو داود من حديث علي في الحدود باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا ، برقم (٤٤٠٠) وابن خزيمة برقم (٣٠٤٨) والنسائي في سننه (٢٥٦/٥) برقم (٥٥٩٦) من حديث عائشة وصححه النسائي والحاكم وقال الذهبي على شرط مسلم وصححه الألباني في الإرواء (٤/٢)

فإذا كان الصبي قد رفع عنه القلم فلا يخضع ولا يطالب بالأحكام التكلفية فمن باب أولى أن لا تصح تصرفاته الخاضعة للأحكام ، وقد قام الإجماع على وجوب الحجر على الصغير (١).

فلذلك تثبت الولاية عليه لما ورد عنهﷺ أنه قال : (مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم بالمضاجع)(٢)

ووجه الاستدلال هنا أنه أمر بأن يأمر الأبناء بالصلاة ، ويضربوا عليها ، والأمر يشمل الصبي والصبية ولا يكون الأمر والضرب إلا ممن له ولاية عليهم .

و أما الصبي غير المميز فإن الفقهاء متفقون على أن تصرفاته لا تصح مطلقا لأنه بمثابة من لا عقل له.

و أما الصبي المميز فإنهم اختلفوا في تصرفاته بين مجيز ومانع لها و بين من أوقفها على إذن الولي.

و الولاية على الصبي تشمل الولاية على نفس الصبي ويقصد بها ولاية التأديب والتربية ويقصد بها ولاية التزويج على تفصيل ليس هذا مقامه، ويشمل أيضا الولاية على ماله وتصرفاته المتعلقة بالمال.

---

(١) بداية المجتهد (٢/٢٧٩) ، مراتب الإجماع لابن حزم (٦٦) ، والإجماع لابن المنذر (١٢٥) .

(٢)أخرجه أبو داود (١/٣٣٤) في الصلاة: باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث (٤٩٥)،والترمذي في الصلاة باب ماجاء متى يؤمر الصبي بالصلاة (٢/٢٥٩) برقم (٤٠٧) وقال الترمذي: حسن صحيح. وأحمد (٢/١٨٧) ، والحاكم (١/١٩٧) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وقال الترمذي: حسن صحيح. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

ثانيا :– الجنون :

تعريفه **لغة** : أصله جنن من جن الشيء جنه جنا أي ستره، وهو الستر عن الحاسة فكأن فاقد العقل قد ستر عقله عن الناس.

والجنن هو القبر لستره الميت ، وسمي الجنين جنينا لاستتاره في بطن أمه [١].

وأما **في الاصطلاح** : فإنه لا يخرج عن المعنى اللغوي لأن أكثر الفقهاء يعرفونه بالمعنى اللغوي وهو فقدان العقل .

و الجنون أنواع ودرجات ، فمنه ما هو أصلي يوجد مع خلق الإنسان في صغره ثم يظهر جنونه جليا بعد سن البلوغ.

ومنه ما هو حادث : وهو الجنون الذي يكون صاحبه مدركا عاقلا ثم يصاب بالجنون لأي سبب من الأسباب التي تؤثر على العقل وتتلفه .

و منه ما هو جنون كامل لا يرى مع صاحبه أدنى علامات العقل.

و منه ما هو أقل من ذلك ويسمى عتها.

كما ينقسم وقت الجنون إلى قسمين مطبق وغير مطبق:

فأما المطبق فهو المستمر الدائم مع صاحبه على اختلاف بين الفقهاء ف مدة ذلك فمنهم من حدده بشهر ومنهم من حدده بعام.

وأما غير المطبق فهو المنقطع غير الدائم فيطرأ على صاحبه تارة ويزول أخرى ، بحيث يعرف الخطأ من الصواب وقت إفاقته [٢].

---

(١)لسان العرب (٩٢/١٣) ، تاج العروس (٣٦٨/٣٤) .

(٢)تبيين الحقائق (١٩١/٥) ، كشف الأسرار للبزدوي (٢٦٣/٤)

حكم الحجر والولاية على المجنون والدليل على ثبوتها :

فالجنون الذي يوجب الحجر والولاية هو ما كان مطبقا سواء كان حادثا أو أصليا بحيث تتعرض مصالحه للضياع، أما إن كان غير مطبق فإنه يجب الحجر عليه وقت جنونه فقط (١) .

والدليل على الحجر على المجنون وثبوت الولاية عليه ما يلي :-

أولا : من الكتاب :

١- قوله تعالى :﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِ ۚ (٢٨٢)﴾(٢)

فجعل الولي يملي عن السفيه والضعيف والعاجز مما يدل أنه محجور عليهم و إلا لما صح لغيرهم أن يتولى عنهم ، ولا شك بأن المجنون من الضعفاء والعاجزين.

ثانيا : من السنة :

٢- ما روته عائشة عن النبيﷺ أنه قال: (رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، و عن الصبي حتى يحتلم ، و عن المجنون حتى يعقل) (٣)

فإذا رفع القلم والقلم هنا هو كتابة الأعمال والمؤاخذة بالتكاليف فإن التصرفات لا تعتبر من باب أولى.

٣- وقد قام الإجماع على مشروعية الحجر على المجنون (٤).

وكما أن الحجر على المجنون يوجب عدم صحة تصرفاته وعقوده لتوقفها على العقل والمجنون لا عقل له.

---

(١) كشف الأسرار للبزدوي (٢٦٣/٤) ، الولايات الخاصة في الفقه (٦٦) .

(٢) سورة البقرة :٢٨٢

(٣)سبق تخريجه ص

(٤) مراتب الإجماع لابن حزم (٦٦).

والحجر أيضا يوجب سلب جميع الولايات منه سواء كانت الولاية أصلية كولاية الأب على ابنه الصغير، أو كانت ولاية نيابية كالولاية للولي أو القاضي لأنه لم يستحق أن يلي نفسه فلا يلي غيره [١] .

ويثبت الحجر على المجنون دون الحاجة إلى حكم حاكم لأنه ثبت بجنونه لا بحكم الحاكم .[٢]

(١) ينظر مغني المحتاج (١٦٥/٢) بدائع الصنائع (١٧٠/٧) ، كشاف القناع (٤٤٢/٣) ، والمهذب (٣٢٨/١) .
(٢)المغني (٥٩٤/٦) .

ثالثا:- الأنوثة:

من الأسباب التي ذكرها الفقهاء للولاية الخاصة، الأنوثة ويعنون بها من استكملت أربع صفات : الحرية والبلوغ، والعقل والرشد.

أما الحرة فلأن ضدها الأمة ولا خلاف في أنها تحت ولاية سيدها بسبب الرق، وأما الصغيرة فهي تحت ولاية أبيها أو غيره من الأولياء بسبب الصغر.

وأما العاقلة فلأن المجنونة مولى عليها بسبب الجنون.

و أما الرشيدة، فلأن غير الرشيدة إما أن يكون عدم الرشد متصلا بالصغر بحيث تبلغ ولكنها لم تصل إلى درجة الرشد فتبقى الولاية عليها ولو بلغت.

وأما إن بلغت ووصلت درجة الرشد ثم طرأ عليها السفه بعد ذلك فيحجر عليها بسبب سفهها لا بسبب أنوثتها . وعلى كلا الحالين لا يولى عليها بسبب الأنوثة[(١)] .

الفرق بين الولاية والقوامة :-

سبق أن عرفنا الولاية .

أما القوامة لغة: فإنها مصدر قام يقوم قياما وقوامة والقيام يأتي في اللغة على أضرب منها:

١. قيام بالشيء، إما بتسخير كقوله تعالى: ﴿ مِنْهَا قَآئِمٌ وَحَصِيدٌ ﴿١٠٠﴾ ﴾[(٢)]

وإما باختيار كقوله تعالى : ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [(٣)] أي يحافظون عليهن ويصلحوهن.

---

(١)ينظر المغني (٦٠١/٦) والولاية على النفس (٢٨٨) .

(٢) سورة هود : ١٠٠ .

(٣) سورة النساء : ٣٤ .

٢. قيام على العزم على الشيء كقوله تعـــالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾(١)

٣. قيام للشيء مراعاة وحفظا له كقولـــه تعـــالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلۡقِسۡطِۖ﴾(٢)

وجاءت القوامة على وزن فعالة ، لتفيد الدوام و الاستمرار (٣).

وأما شرعا فقد فسر ابن عباس (٤) القوامة بأنه مؤتمن عليهـــا يتـــولى أمرهـــا ويصلحها في حالها وعليها له الطاعة .

و يمكن أن تعرف القوامة (بأنه حق للرجل على المرأة، يتمكن بموجبه من إقامـــة شأن المرأة) (٥)

فتجتمع الولاية والقوامة في أن كلا منها فيه مظاهر الإشراف والتوجيه الموجب على الغير سماع الأمر و الاستجابة له في حدود معروفة عند أهل العلم.

(١) سورة المائدة :٦

(٢) سورة المائدة:٨

(٣) المفردات في غريب القران (٤١٦) ، لسان العرب (٤٩٦/١٢) .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن القرشي الهاشمي، ابن عم النبيﷺ ، ولد وبنو هاشم بالشعب قبل الهجرة بثلاث سنين، دعا له النبيﷺ بالفقه في الدين، وتعلم التأويل، وكان من علماء الصحابة، وحبر الأمة، وترجمان القرآن، توفي بالطائف سنة ٦٨هـــ على الصحيح.ينظر: ،الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٢٢٨/٦) سير أعلام النبلاء للذهبي (٣٣١/٣).

(٥) فتح القدير للشوكاني (٤٦٠/١) ، أحكام القران لابن العربي (٤١٥/١)

ويفترقان في أمور منها :

١- أن القوامة أمر ونهي يستلزم الطاعة فهي أقل في الاختصاص ، أما الولاية فتشملها وتزيد عليها فلولي النفس أن يطلب ضم موليته وتولي عقد النكاح .

٢- الولاية محددة في الغالب لأنها ضرورة تقدر بقدرها بخلاف القوامة فإنها مستمرة على الأنثى ولا تحدد بوقت معين.

انتهاء الولاية والقوامة على الأنثى

الولاية الخاصة على الأنثى الحرة البالغة العاقلة الرشيدة ثابتة على نفسها فللولي أن يضمها إليه في المسكن ، ولا يجري نكاحها غيره ما استمرت حياتها.

أما إذا تزوجت فلا ولاية له عليها لأنها مشغولة بعصمة رجل آخر .

و أما القوامة فهي مستمرة للذكر على الأنثى دون تحديد مدة معينة سواء قبل الزواج أو بعده، لأنها شرعت لإكمال قصور في الأنثى مما يحتم بقاء القوامة مستمرة.

المطلب الثاني :- أسباب الولاية الطارئة: السفه ، الفلس ، الغيبة ، الرق.

أولا:- السفه:

لغة : السفه والسفاه والسفاهة، هو خفة الحلم، وقيل الجهل ،وعرفه صاحب المفردات في غريب القرآن بأنه خفة النفس لنقصان العقل،والجهل في الأمور الدنيوية،والأخروية [١].

اصطلاحا : العمل بخلاف موجب الشرع ، وإتباع الهوى، وترك ما يدل عليه الحجر.

والسفيه هو من اعتاد التبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفا لا لغرض أو الغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال إلى المغني واللعاب والغبن الفاحش في التجارات من غير محمده [٢].

(١)لسان العرب (١٣/٤٩٧- ٥٠٠) .

(٢) تبيين الحقائق (٥/١٩٢) .

واختلف الفقهاء فيما يعد سفها يحجر على صاحبه ومالا يعد سفها :

القول الأول : ذهب الحنفية [١] إلى أن إنفاق المال وتبذيره بحيث يزيد عن حد التوسط و الاعتدال فإنه يكون مذموما ومحرما ولو كان في وجوه الخير ،واستدلوا بعدد من الأدلة :

فمن الكتاب :

١. قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا ﴾ [٢]

٢.قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُوا۟ لَمْ يُسْرِفُوا۟ وَلَمْ يَقْتُرُوا۟ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا ﴾ [٣]

فالله أمر بالتوسط في النفقة ومدح من كان كذلك لاعتداله.

ومن السنة :

٣. ما روي أن عائشة حدثت أن عبد الله بن الزبير [٤] قال في بيع ، أو عطاء أعطته عائشة والله لتنتهين عائشة ، أو لأحجرن عليها فقالت : أهو قال هذا ؟ قالوا نعم قالت

(١)حاشية ابن عابدين (٩٢/٥) ، ورد المحتار (١٦٥/١٢).

(٢) سورة: الإسراء:٢٩

(٣) سورة: الفرقان:٦٧

(٤)هو أبو بكر أو أبو خبيب أمير المؤمنين عبد الله بن الزبير بن العوام، ولد بالمدينة في السنة الثانية، و عداده في صغار الصحابة، و كان كبيرا في العلم و الشرف و الجهاد و العبادة، بويع له بالخلافة عند موت يزيد سنة أربع و ستين، و حكم الحجاز و اليمن و مصر و العراق و خراسان و بعض الشام، قتل رضي الله عنه في مكة سنة ثلاث و سبعين . ينظر سير أعلام النبلاء ٣٦٣/٣، و البداية و النهاية ٣٣٢/٨.

هو لله علي نذر أن لا أكلم ابن الزبير أبدا فاستشفع ابن الزبير إليها حين طالت الهجرة فقالت لا والله لا أشفع فيه أبدا ، ولا أتحنث إلى نذري)[١].

فأنكر ابن الزبير تبذير المال وإسرافه مع أنه كان في الصدقات واعتبر ذلك موجب للحجر والولاية.

القول الثاني : ذهب جمهور العلماء من المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى أن الإسراف والسفه الموجب للحجر هو إنفاق المال وتبذيره في المعاصي، أو ما نهى الله عنه أو تضييعه فيما لا ينفع أما أوجه الخير كالصدقات ونحوها فلا إسراف في الخير واستدلوا بما يلي :

من الكتاب :

١- قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلۡمُصَّدِّقِينَ وَٱلۡمُصَّدِّقَٰتِ وَأَقۡرَضُواْ ٱللَّهَ قَرۡضًا حَسَنٗا يُضَٰعَفُ لَهُمۡ وَلَهُمۡ أَجۡرٞ كَرِيمٞ﴾[٥]

٢- قوله تعالى : ﴿مَّثَلُ ٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمۡوَٰلَهُمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنۢبَتَتۡ سَبۡعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنۢبُلَةٖ مِّاْئَةُ حَبَّةٖۗ وَٱللَّهُ يُضَٰعِفُ لِمَن يَشَآءُۚ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾[٦]

فقد حث الله تعالى على النفقة في سبيله كما حث على الصدقة ولم يحدد قدرها، وأشعرهم بما في النفقة من فضل مضاعف فدل على أنه لا حدود لذلك.

---

(١)رواه البخاري في صحيحه في الأدب ، باب الهجرة برقم (٦٠٧٥) .

(٢)مواهب الجليل (٥/٦٤) ، الشرح الصغير (٣/٣٩٣)

(٣)مغني المحتاج (٢/١٦٨) ، المجموع (١٣/٣٣٧٧)

(٤)كشاف القناع (٣/٤٤٥) المغني (٦/٦٠٨) .

(٥) سورة الحديد:١٨

(٦) سورة البقرة:٢٦١

ومن السنة :

٣- ما رواه الشيخان عن أنس بن مالك[١]_ رضي الله عنه _قال كان أبو طلحة[٢] أكثر الأنصار بالمدينة مالا من نخل ، وكان أحب أمواله إليه بيرحاء وكانت مستقبلة المسجد ، وكان رسول الله ﷺ يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب، قال أنس: فلما أنزلت هذه الآية ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾[٣] قام أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إن الله تبارك وتعالى يقول ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾ وإن أحب أموالي إلي بيرحاء وإنها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث أراك الله قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "بخ بخ ذلك مال رابح ذلك مال رابح وقد سمعت ما قلت وإني أرى أن تجعلها في الأقربين" فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه[٤]

(١)هو الصحابي الجليل أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن النجار الأنصاري الخزرجي، خادم رسول الله ﷺ وأحد المكثرين من الرواية عنه، شهد بدرا و لم يقاتل بها لصغر سنه، وشهد ما بعدها، وله فضائل ومناقب كثيرة، وكان كثير المال والولد لدعاء النبي ﷺ له بذلك، وتوفي بالبصرة سنة ٩٣هـ على الصحيح، وكان آخر الصحابة موتا بها. ينظر: تهذيب الكمال للمزي (٣/٣٥٣)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (٣/٣٩٥)، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (١/٢٥١).

(٢)هو زيد بن سهل بن الأسود بن حزام الأنصاري صحابي من الشجعان الرماة المعدودين في الجاهلية والإسلام ولد في المدينة ولما ظهر الإسلام كان من كبار أنصاره فشهد العقبة وبدرا وأحدا والخندق وسائر المشاهد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث . روى عنه ربيبه أنس بن مالك ، وعبد الله بن عباس ، وابنه عبد الله وغيرهم . وتوفي في المدينة سنة ٤٣هـ

تهذيب ابن عساكر ٦ / ٤ ، وصفة الصفوة ١ / ١٩٠ ، والاستيعاب ٢ / ٥٥٣ ، والأعلام ٣ / ٩٧ .

(٣) سورة آل عمران :٩٢

(٤)أخرجه البخاري في الزكاة: باب الزكاة على الأقارب حديث (١٤٦١) ، ومسلم ، في الزكاة: باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج حديث (٢٣٦٢)

والراجح والله أعلم مما تقدم رجحان مذهب الجمهور الذين قصروا السفه على المبذر الذي ينفق ماله في المعاصي أو فيما لا ينفع لصراحة أدلتهم ووجاهتها ، ولأن المقصود من المحافظة على المال هو الاستفادة منه ولا شك أن في بذله في أوجه الخير من الصدقات ونحوها أكبر فائدة للعبد في دنياه وأخراه .

أما أدلة الحنفية فإن الآيتين مدحتا الاعتدال في النفقة وهذا صحيح ومعناه أن المنفق لا يعطي المنفق عليه فوق حاجته، أو بشكل يضر المنفق أو من يعوله.

كما أنها لم تمنع من الإنفاق المطلق.

أما حديث عائشة وإنكار ابن الزبير عليها فيجاب عليه بأنه اجتهاد صحابي معارض باجتهاد مثله ، كما أنه لم يحجر عليها بل يقال لعله أراد توجيهها ، وإلا فهل يعقل أن ينسب السفه إلى أم المؤمنين- رضي الله عنها- ؟ أو لغيرها من أصحاب الرسول ﷺ ؟.

ثانيا : الفلس

الإفلاس **لغة** : مصدر أفلس من قولهم أفلس الرجل أي صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم .

ويفلس إفلاسا، بحيث لم يبق معه فلس بمعنى لم يبق له مالا [١].

واصطلاحا : هو من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود .

وسموه مفلسا و إن كان ذا مال ، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم ويجوز أن يكون سمي بذلك بما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه .

أو لأنه يمنع من التصرف في ماله ، إلا الشيء التافه، الذي لا يعيش إلا به كالفلوس ونحوها[٢].

(١)لسان العرب (٦/١٦٥) ، القاموس المحيط (٧٢٧) .

(٢)كشاف القناع (٣/٤١٧) ، المغني (٦/٥٣٧) .

حكم الحجر على المفلس و الولاية على ماله :-

إذا كان للمدين مال ، والدين مستغرق له ، بحيث لا يفي بجميعه ، فللدائنين مطالبته بالوفاء ورفع أمره إلى الحاكم ، فإن أوفاهم برأت ذمته و إلا فلهم المطالبة بالحجر عليه على خلاف بين العلماء :

القول الأول : ذهب أبو حنيفة[١] رحمه الله إلى عدم الحجر على المدين و لو طالب غرماؤه بذلك ولكن يحبس ليتولى هو بنفسه بيع ماله ، و قضاء ما عليه من ديون، فإن سلم ماعليه من ديون و بقي في ذمته شيء كان معسرا ولا سبيل لأحد للتولي عليه [٢]، واستدل بما يلي :

من الكتاب :

١- أن من شروط جواز البيع التراضي ، لقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾(٣) فإذا باع الحاكم مال المدين ، دون رضاه فإن فعله يكون باطلا لقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه ابن عباس رضي الله عنه مرفوعا : " لا يحل

(١)هو أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى الكوفي، مولى بني تيم الله بن ثعلبة، إمام أهل الرأي يقال أنه من أبناء الفرس، كان خزازا يبيع الخز، ولد سنة ٨٠هـ، في حياة صغار الصحابة، ورأى أنس بن مالك لما قدم عليهم الكوفة، ولم يثبت له حرف عن أحد منهم، وعني بطلب الآثار، وارتحل في ذلك، وأما الفقه والتدقيق في الرأي وغوامضه، فإليه المنتهى والناس عيال عليه في ذلك، ولم يقبل القضاء، فضرب وحبس، توفي شهيدا مسقيا في سنة ١٥٠هـ، وله سبعون سنة. ينظر: وفيات الأعيان (٤٠٥/٥)، وسير أعلام النبلاء (٣٩٠/٦)، الأعلام (٣٦/٨).

(٢) بدائع الصنائع (١٧٤/٧) .

(٣) سورة النساء:٢٩

مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه" (١) ، ونفسه لا تطيب بتصرف الحاكم في ماله بغير رضاه .

ومن السنة :

٢- ما رواه البخاري (٢) عن جابر بن عبد الله (٣)، رضي الله عنهما حين قتل أبـوه يوم أحد شهيدا ، وعليه دين فاشتد الغرماء في حقوقهم فأتيت النبيﷺ فسألهم أن يقبلوا تمر حائطي ويحللوا أبي فأبوا فلم يعطهم النبيﷺ حائطي وقال" سنغدو عليك فغدا علينا حين أصبح فطاف في النخل ودعا في ثمرها بالبركة فجـددتها فقضيتهم وبقي لنا من تمرها (٤)

(١) وقد ورد عن جماعة من الصحابة منهم عم أبي حرة الرقاشي ، وأبو حميد الساعدي ، وعمرو بن يثربي ، وعبد الله بن عباس ، فحديث الرقاشي أخرجه الدارقطني (٣٠٠) وأحمد برقم (١٥٥٢٧) وأبو يعلى والبيهقي (١٠٠/٦) وحديث أبي حميد أخرجه الإمام أحمد (٤٢٥/٥) وابن حبان في " صحيحه " (١١٦٦) وقال الهيثمي في " المجمع " (١٧١/٤): " رواه أحمد و البزار ، ورجال الجميع رجال الصحيح ". وحديث عمرو بن يثربي أخرجه البيهقي (٩٧/٦) وأحمد (٤٢٣/٣ ، ١١٣/٥) وقال الألباني في الإرواء : صحيح ، ينظر (٢٧٦/٥)

(٢) هو أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبه، الجعفي مولاهم، البخاري، إمام من أئمة الحديث، كان رأسا في الذكاء والعلم والورع والعبادة، ولد في بخارى سنة ١٩٤هـ، ودرس الفقه الحنفي، وتوفي سنة ٢٥٦هـ، من تصانيفه: الجامع الصحيح، والأدب المفرد، والتاريخ الكبير والصغير. ينظر: تهذيب الكمال للمزي (٤٣٠/٢٤)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (٣٩١/١٢)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (١٨٨/٤).

(٣) هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب بن غنم الأنصاري السلمي ﷺ ، أحد المكثرين عن النبيﷺ ، ومن فقهاء الصحابة، ومفتي المدينة في زمانه، شهد العقبة، وبيعة الرضوان، قتل أبوه يوم أحد، وشهد المشاهد كلها بعد أحد، توفي سنة ٧٨هـ، بعد أن ذهب بصره. ينظر: تهذيب الكمال (٤٤٣/٤)، وسير أعلام النبلاء (١٨٩/٣)، والإصابة في تمييز الصحابة (١٢٠/٢).

(٤) رواه البخاري في الهبة وفضلها باب إذا قضى دون حقه ، أو حلله فهو جائز برقم (٢٣٩٥).

ومن المعقول :

٣- أنه لا حاجة للحجر على المدين إذ يمكن أن يوفي دائنيه دون حجر ، بأن يحبسه الحاكم تعزيرا له حتى يضطر إلى إيفاء دائنيه ، لقوله ﷺ "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته "(١) والعقوبة هي حبسه و لو جاز الحجر لما احتاج إلى الحبس(٢)

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء و أبو يوسف(٣) و محمد بن الحسن(٤) من الحنفية إلى جواز حجر الحاكم على المفلس والتولية على ماله ومنعه من التصرف و قسمة المال على غرمائه(٥)

---

(١) أخرجه أبو داود في القضاء باب الرجل يحلف على حقه (٣٦٢٨) والنسائي في البيوع باب مطل الغني برقم(٤٦٨٩) وقال الحاكم: " صحيح الإسناد".ووافقه الذهبي. وقد علقه البخاري في صحيحه في الاستقراض: باب لصاحب الحق مقال. (٨٦/٢) من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه. وحسنه الألباني

(٢)بدائع الصنائع (٧/ ١٧٣) ، تبيين الحقائق (١٩٩/٥) .

(٣) هو الفقيه أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الكوفي، القاضي، من ولد سعد بن بجير الأنصاري صاحب رسول الله ﷺ، أخذ الفقه عن أبي حنيفة ، كان أبوه فقيرا له حانوت، فكان أبو حنيفة يتعاهده بالدراهم، وكان المقدم من أصحابه جميعا، وولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد، وهو أول من سمي قاضي القضاة، وأول من اتخذ للعلماء زيا خاصا، ووثقه الإمام أحمد، وابن معين، وابن المديني، توفي سنة ١٨٢هـ، من مؤلفاته : الخراج، وأدب القاضي، والجوامع. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٦١١/٣)، والفوائد البهية في تراجم الحنفية (٢٢٥)، وسير أعلام النبلاء (٥٣٥/٨).

(٤)هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الدمشقي الأصل، الكوفي الولادة، صاحب أبي حنيفة، أخذ بعض الفقه عنه، وتممه على أبي يوسف، ولي القضاء للرشيد بعد القاضي أبي يوسف، وكان يضرب بذكائه المثل، كتب عنه الشافعي، وكان الإمام أحمد يقرأ كتبه، توفي بالري سنة ١٨٩هـ، ومن أشهر مصنفاته: كتب ظاهر الرواية التي عليها المعتمد عند الحنفية، وهو أحد رواة الموطأ عن مالك. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١٢٢/٣)، وسير أعلام النبلاء (١٣٤/٩)، وشذرات الذهب (٤٠٨/٢).

(٥) بداية المجتهد (٢٨٤/٢) ، مغني المحتاج (٢٤٦/٢) ، المهذب (٣٢٠/١) ، روضة الطالبين (١٢٧/٤) ، كشاف القناع (٤٢٢/٣) ، المغني (٥٧٠/٦) .

قال ابن قدامه[1]: [ومتى لزم الإنسان ديون حالة لا يفي ماله بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجتنب معاملته فإذا حجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام أحدها : تعلق حقوق الغرماء بعين ماله والثاني : منع تصرفه في عين ماله الثالث : أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا وجدت الشروط، الرابع : إن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء](٢)

واستدلوا على ذلك بما يلي :-

من السنة :

١- ما رواه كعب بن مالك[3]عن أبيه قال كان معاذ بن جبل[4]رضي الله عنه شابا حليما سمحا من أفضل شباب قومه و لم يكن يمسك شيئا فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين فأتى النبي صلى الله عليه وسلم غرماؤه فلو تركوا أحدا من أجل أحد

---

(١) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر المقدسي الجماعيلي ثم الدمشقي الصالحي، الحنبلي، الفقيه، الأصولي، كان إمام في فنون كثيرة، وبرع في مذهب أحمد، توفي بدمشق سنة ٦٢٠هـ، من مؤلفاته : المغني في شرح في مختصر الخرقي، والكافي في فقه الإمام أحمد، والمقنع، وعمدة الفقه، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول فقه الإمام أحمد بن حنبل. ينظر: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب (١٣٣/٢)، وسير أعلام النبلاء (١٦٥/٢٢).

(٢) المغني (٤٩٣/٤)

(٣)هو كعب بن مالك بن أبي كعب أبو عبد الله (أو : أبو عبد الرحمن) الأنصاري الخزرجي السلمي بايع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة العقبة غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم الغزوات ، وتخلف عن غزوة تبوك لشدة الحر ، فهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم حيث نزل فيهم ((لقد تاب الله على النبي إلى قوله : وعلى الثلاثة الذين خلفوا) روى عنه أولاده وابن عباس وجابر وغيرهم توفي بالشام في خلافة معاوية وقيل أيام قتل علي بن أبي طالب

الإصابة في تمييز الصحابة ٣ / ٣٠٢ ؛ وأسد الغابة ٤ / ٢٤٧

(٤)هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ بن عدي الأنصاري الخزرجي، شهد العقبة وهو شاب أمرد، وشهد ما بعدها من المشاهد، كان أعلم الصحابة بالحلال والحرام، وممن أوصى النبي ﷺ بأخذ القرآن منه، وبعثه إلى اليمن، وانتقل إلى الشام في عهد عمر، وأخذ عنه خلق كثير، توفي سنة ١٨هـ، وعمره ٣٣ سنة. ينظر: والإصابة في تمييز الصحابة (٢٠٢/١٠)، تهذيب الكمال (١٠٥/٢٨).

لتركوا معاذ من أجل رسول الله ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء [١]

٢- ما رواه مسلم[٢] عن أبي سعيد الخدري [٣]: أن رجلا أصيب في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه فقال النبي ﷺ "تصدقوا عليه" ، فتصدقوا عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال النبي ﷺ "خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك "[٤]

ومن المعقول :

٣- كما أن إيفاء المدين ديونه الحالة واجب عليه فإذا امتنع عن أداء ذلك الواجب فإن الحاكم ينوب عنه ، إبراء لذمته وحفاظا على حقوق الدائنين .

الترجيح :

وبتأمل أدلة الجمهور تظهر وجاهتها فيما دلت عليه من جواز حجر الحاكم على المدين في ماله وسلامتها من الاعتراض .

و أما ما استدل به أبو حنيفة من اشتراط التراضي في البيع فهو عام يخصص منه المحجور عليه كالصغير والمجنون .

---

(١)أخرجه الحاكم (٣/٢٧٣) برقم(٥١٩٢) والدار قطني ٤/٢٣٠، في البيوع، حديث (٩٥) والبيهقي (٤٨/٦) برقم (٥١٩٢)في التفليس: باب الحجر على المفلس وبيع ماله .وصححه الحاكم ووافقه الذهبي ، ورجح الشيخ الألباني ضعفه موصولا ، وصحته مرسلا ينظر الإرواء (٢٦١/٥) .

(٢)هو أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد القشيري النيسابوري، كان رحمه الله ثقة من الحفاظ، بل كان من أوعية العلم، ألف الصحيح و هو أجل كتب الحديث و أصحها بعد الجامع الصحيح للبخاري، توفي رحمه الله بنيسابور سنة ٢٦١هـ ينظر سير أعلام النبلاء ٥٥٧/١٢، طبقات الحنابلة ٣٣٧/١، البداية و النهاية ٣٣/١١.

(٣)هو الصحابي الجليل أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي، استصغر في أحد، واستشهد أبوه بها، وغزا هو ما بعدها، وهو من المكثرين في رواية الحديث، وكان أحد فقهاء المدينة المجتهدين، اختلف في سنة موته أصحها أنه سنة ٧٤هـ. ينظر: تهذيب الكمال للمزي (٢٩٤/١٠)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (١٦٨/٣)، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٢٩٣/٤).

(٤)أخرجه مسلم (٢٩/٥) وكذا أبو داود (٣٤٦٩) والنسائي (٢١٩/٢ ، ٢٣٢) وابن ماجه (٢٣٥٦) .

و أما حديث جابر فغاية ما يدل عليه جواز إنظار المدين فترة لقضاء دينه إذا كان يرجو قدوم ما يوفي منه حيث أنظر جابر رضي الله عنه إلى وقت إذ يوفي دين والده من ثمر حائطه .

كما أن في استدلالهم بالحبس بدل الحجر فيه ضرر بدني على جسم المدين يمكـــن تلافيه بالحجر على ماله والتصرف فيه بوجه شرعي ، كما أن الحبس نوع من أنـــواع العقوبة فلا تتحدد العقوبة به .

ثالثا :الغيبة :

الغيبة **لغة** : الغيبة بالفتح مصدر غاب و تأتي في اللغة على معان منها :

١. البعد يقال غاب الشيء يغيب غيبا و غيبة و غيابا أي بعد يقال غابت الشمس أي بعدت و توارت.

٢. المكان المنهبط يقال وقعنا في غيبة وغيابة ، أي هبطة من الأرض، وغيابة كل شيء قعره و منه قوله تعالى: ﴿ وَأَلْقُوهُ فِي غَيَابَتِ الْجُبِّ ﴾[١].

٣. ما غاب عن الإنسان و شك فيه و منه قوله تعالى ﴿يؤمنون بالغيب﴾ أي بما غاب عنهم مما أخبرهم به النبي صلى الله عليه وسلم من الملائكة و الجنة و النار و غيرها.

و أصل الكلمة (غيب) يدل على تستر الشيء عن العيون [٢].

(١) سورة يوسف:١٠ ينظر تفسير ابن كثير (٣٧/٤) ، القرطبي(١٣٢/٩)

(٢)ينظر لسان العرب ٦٥٤/١، القاموس المحيط ١٥٥، الصحاح ١٩٦/١، معجم مقاييس اللغة ٣٩١، القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب ٢٧٩

تعريف الغيبة اصطلاحا :

اختلف الفقهاء رحمهم الله في تحديد تعريف الغيبة بالمعنى الاصطلاحي نظرا لاختلافهم في أنواع الغيبة و مدتها ، فمنهم من اعتبر في التعريف المسافة و منهم من اعتبر حال الشخص الغائب إلى غير ذلك من الاعتبارات.

فعند الحنفية اختلفت الآراء و الروايات فورد عن أبي يوسف روايتان في تحديد الغيبة المنقطعة ففي رواية: مابين بغداد و الري، و في رواية مسيرة شهر فصاعدا فما دون ذلك ليس بغيبة منقطعة، وكذلك روي عن محمد بن الحسن روايتان أخريان.
وقال بعضهم أن الغيبة المنقطعة ما كان صاحبها في موضع لو انتظر حضوره لفات الخاطب الكفء و إن كان لا يفوت فهي غير منقطعة. (١)

و أما المالكية ففرقوا بين الولي المجبر و هو الأب و بين غيره كالأخ ففي الولي المجبر قالوا إن غاب غيبة بعيدة كالسفر من المدينة إلى أفريقيا ومدة السفر أربعة أشهر فإنه يكون غائبا، و أما غير المجبر فلو غاب ثلاثة أيام فإنها تعتبر غيبة تنتقل منه الولاية (٢).

و أما الشافعية فإنهم اعتبروا غيبة الولي إن كانت مسافة تقصر فيها الصلاة و ذلك في مرحلتين فأكثر(٣).

و اختلف الحنابلة في تحديد الغيبة المعتبرة فقيل هي ما لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب، وقيل ما لا تقطعه القافلة في السنة إلا مرة.

---

(١)بدائع الصنائع ٢/٢٥١، فتح القدير ٣/٢٩٠
(٢)الشرح الصغير ١/٣٢٨، حاشية الدسوقي ٢/٢٢٩
(٣)المهذب ٢/٣٧، مغني المحتاج ٣/١٥٧، نهاية المطلب ١٢/١٠٤

و قيل الغيبة هي ما لا تقطع إلا بكلفة و مشقة و هو أصح الأقوال قال الموفق ابن قدامة : و هذا القول إن شاء الله أقربها للصواب، فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسألة فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم بما لم تجر العادة بالانتظار فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله [١].

(١)المغني ٣٧/٢، الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧٨/٢٠)

رابعا : الرق

الرق **لغة:** بالكسر هو الملك والعبودية ، يقال عبد مرقوق ومرق ورقيـــق وجمعـــه أرقاء، ويجوز أن يقال رقيق للواحد والجمع.

وسمي العبيد رقيقا لأنهم يرقون لمالكهم ويذلون ويخضعون ، ومنه رق الثوب بمعنى ضعف نسجه، ورقة القلب ومنه صوت رقيق [١].

واصطلاحا: ضعف حكمي، يتهيأ الشخص به لقبول ملك الغير بسبب الكفر وقيد الضعف بأنه حكمي احترازا عن الحسي لأنه قد يكون أقوى من بعض الأحرار حسا ، إلا أنه عاجز عما يملكه الحر من الشهادة والقضاء والولاية وملك المال [٢].

الحكمة من الرق :

والحكمة من الرق أن الإنسان لما استنكف عن عبادة ربه وهو خالقه عاقبه علـــى كفره، بأن جعله عبدا لعبده.

ولذلك فالرق في أصله لا يثبت على مسلم ابتداء ، بل هو حق لله تعالى يثبت جزاء على الكفر بربه.

ثم بعد ذلك يكون حقا للسيد، بمعنى أن الشارع جعله ملكا له حتى بعد أن يـــسلم الرقيق [٣].

---

(١)لسان العرب ١٢٣/١٠، القاموس المحيط (١١٤٦)

(٢)كشف الأسرار للبزدوي ٢٨١/٤.

(٣)التحقيقات المرضية للشيخ صالح بن فوزان (٤٦).

حكم الحجر والولاية على الرقيق:

قرر العلماء رحمهم الله تعالى أن الرق ينافي أهلية ملك التصرف وأهلية ملك المال كما ينافي أهلية الكرامات الموضوعة للبشر، كالحل والولاية والذمة لأنه محجور عليه لحق سيده [١].

فأما أهلية التصرف فهي منفية عنه مطلقا سواء فيما يخص نفسه أو ما يخص غيره فأما نفيها عنه فيما يخص نفسه ؛ فلأنه مملوك والمملوك لا يقدر على شيء .

وكما قال تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبۡدًا مَّمۡلُوكًا لَّا يَقۡدِرُ عَلَىٰ شَيۡءٖ وَمَن رَّزَقۡنَٰهُ مِنَّا رِزۡقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنفِقُ مِنۡهُ سِرًّا وَجَهۡرًاۖ هَلۡ يَسۡتَوُۥنَۚ ٱلۡحَمۡدُ لِلَّهِۚ بَلۡ أَكۡثَرُهُمۡ لَا يَعۡلَمُونَ﴾[٢]

وذلك أن صفة المملوكية تنافي صفة المالكية فإن المملوكية تقتضي الحجر والمنع والمالكية تقتضي الإذن والإطلاق فلما تناقضا لم يجتمعا [٣].

وأما نفيها عنه فيما يخص غيره، فلأن المخول بالتصرف في الشيء هو مالكه أو من ناب عنه من جهة المالك أو الشرع، والرقيق ليس مالكا ولا نائبا من جهة المالك أو الشرع.

وأما أهلية ملك المال فنفيت عن الرقيق، لأنه مملوك بنفسه والمملوك لا يملك حتى لو ملكه سيده كما هو مذهب الجمهور خلافا لمالك [٤].

---

(١)كشف الأسرار ٤/٢٨٧.

(٢) سورة النحل:٧٥

(٣)أحكام القرآن لابن العربي ٣/١١٦٥.

(٤)هو إمام دار الهجرة أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الحميري ثم الأصبحي، ولد بالمدينة سنة ٩٣هـ، ونشأ في صون ورفاهية وتجمل، وطلب العلم وهو صغير، كان صلبا في دينه، أحد الأئمة الأربعة، توفي في المدينة سنة ١٧٩هـ، من مؤلفاته: الموطأ، ورسالة في الرد على القدرية، وتفسير غريب القرآن. ينظر: تهذيب الكمال (٢٧/٩١)، وسير أعلام النبلاء (٨/٤٨)، والأعلام (٥/٢٥٧).

وكذلك أهليته للكرامات الموضوعة للبشر كالولاية على الغير وجواز نكاح أربع أو الذمة بحيث يكون محلا للإيجاب والقبول، فهي منفية عنه جميعها، لأنه ليس أهلا لما فيه من الضعف الحكمي بسبب الرق، إذ أنه يؤثر في إنقاص النعم والكرامات كما يؤثر في إنقاص العقوبة كما قال تعالى : ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ۚ﴾ (١)

كما أن الولاية من باب السلطنة والرقيق لا سلطان لدى نفسه فلا يتسلط على غيره من باب أولى.

ولذا لا يلي على أولاده أيضا بل الولاية عليه وعليهم للمالك.

وكذا الذمة منفية عن الرقيق لأنها مرتبطة بأهلية التملك وهي منفية عنه.

وذكر بعض العلماء أن الرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة، ذلك أن الرقيق البالغ مكلف وكامل الرأي، غير أنه وما في يده ملك لسيده فمنع من التصرف مراعاة لحق المالك (٢).

---

(١) سورة النساء:٢٥

(٢)حاشية ابن عابدين ٥/٩٠،

المطلب الثالث : أسباب الولاية الأخرى : الوقف و الوصية .

أولا :الوقف

تعريفه لغة: الوقف لغة الحبس والمنع تقول وقفت الشيء أقفه وقفـا إذا حبسته ومنعته، ومنه وقف الأرض على المساكين و لا يقال أوقفت لأنها لغة رديئة [١].

اصطلاحا :

اختلفت وتعددت عبارات الفقهاء في تعريف الوقف في الشرع ، واختلف مضمونها لاختلافهم في لزومه وعدم لزومه، ومآل العين الموقوفة.

فعرفه الحنفية : : حبس المملوك عند التمليك من الغير[٢]

وقيل هو حبسها على ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب[٣].

وعرفه المالكية : إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا[٤].

وعرفه الشافعية : بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته وتصرف منافعه إلى البر تقربا إلى الله تعالى[٥].

---

(١)لسان العرب(٩/٣٦٠)، القاموس المحيط (١١١٢).

(٢)المبسوط للسرخسي (١٢/٢٧)

(٣)حاشية ابن عابدين (٤/٣٣٨)

(٤)مواهب الجليل (٦/١٨)

(٥)مغني المحتاج (٢/٣٧٦) و تحفة المحتاج ٦/٢٣٥، وتحرير ألفاظ التنبيه ص(٢٣٧)

وعرفه الحنابلة بأنه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة أو الثمرة[١] .

وهذا التعريف أقرب التعريفات لقوله صلى الله عليه وسلم (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)[٢].

(١)ابن قدامة في المغني(١٨٤/٨)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٨٥/٦) .

(٢)رواه البخاري في الوصايا باب الوقف كيف يكتب (١٩٦/٣)،برقم (٢٧٧٢) ومسلم في الوصية باب الوقف (١٢٥٥/٣) برقم (٤٣١١) من حديث ابن عمر.

ثانيا :الوصية

لغة: من وصي وهي تدل على الوصول والاتصال، يقال: وصي الشيء يـــصي إذا اتصل، ووصاه غيره يصيه : وصله.

كما يقال أوصى الرجل ووصاه: أي عهد إليه، وهذا يكون في الحياة كقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا ﴾ [١]

كما يكون بعد الممات كقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾[٢] [٣]

اصطلاحا:

عرفها الحنفية بأنها :تمليك يضاف إلى ما بعد الموت

وقيل ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته ، أو في مرضه الذي مات فيه[٤]

وعرفه الشافعية بأنه التبرع بالمال بعد الموت [٥]

وعرفها الحنابلة بأنها : الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعده [٦]

---

(١) سورة العنكبوت:٨

(٢) سورة النساء:١١

(٣)لسان العرب ١٥/٣٩٤، القاموس المحيط (١٧٣١).

(٤)الدر المختار (٦/٦٤٧)

(٥)المجموع(١٥/٣٩٨)

(٦)الروض المربع (١/٣٠٣)

حكم الوصية وكتابتها وحاجتها إلى الولاية :

الوصية مشروعة في الأصل وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب :

١. قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ أَوۡ ءَاخَرَانِ مِنۡ غَيۡرِكُمۡ إِنۡ أَنتُمۡ ضَرَبۡتُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَأَصَٰبَتۡكُم مُّصِيبَةُ ٱلۡمَوۡتِۚ تَحۡبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعۡدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقۡسِمَانِ بِٱللَّهِ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ لَا نَشۡتَرِي بِهِۦ ثَمَنٗا وَلَوۡ كَانَ ذَا قُرۡبَىٰ وَلَا نَكۡتُمُ شَهَٰدَةَ ٱللَّهِ إِنَّآ إِذٗا لَّمِنَ ٱلۡأٓثِمِينَ ﴾[١]

فالله سبحانه حث على الإشهاد على الوصية و لم لم تكن مشروعة لما حث على من يوقفها.

ومن السنة :

٢. ما روي عن ابن عمر[٢] مرفوعا:(ما حق أمريء مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا وصيته مكتوبة عند رأسه)[٣]

ومن الإجماع :

٣. وقد قام الإجماع على مشروعية الوصية لم ينكرها أحد قال ابن قدامة: (وأجمع العلماء في جميع الأمصار و الأعصار على جواز الوصية).[٤]

---

(١) سورة المائدة:١٠٦

(٢)هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، ولد بعد ثلاث سنين من البعثة، أسلم وهاجر مع أبيه وهو لم يبلغ، استصغر في بدر وأحد، وشهد الخندق، وكان من أهل العلم والورع، من المكثرين للحديث، ومعروفا بكثرة التتبع لآثار النبيﷺ ، توفي بمكة سنة ٧٣هـ.

ينظر: تهذيب الكمال للمزي (٣٣٢/١٥)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (٢٠٣/٣)، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٢٩٠/٦).

(٣)رواه البخاري في الوصايا باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه و سلم (وصية الرجل مكتوبة عنده) (١٨٦/٣) برقم (٢٧٣٨) ، مسلم في الوصية (١٢٤٩/٣) برقم (٤٢٩١).

(٤)المغني ٣٩٠/٨، الإجماع لابن المنذر (٨٩)

ولذا فالوصية تحتاج إلى وصي وولي ينفذها إن كانت أمرا بالتبرع إن كان قد عينه الموصي حتى ينتهي التبرع فتنتهي ولاية الوصي.

وإن كانت الوصية ليست تبرعا وإنما إشراف وولاية كما لو وصاه على أولاده القصر فإنه يكون واليا عليهم حتى ينتهي موجبها، فإن هلك الولي والوصي فإن الحاكم أو القاضي يقيم بدلا عنه.

وكذا إن كانت وصيته وقفا على جهة ما فإنها تحتاج إلى ناظر يقوم بها وإلا عين الحاكم من يكون ناظرا لها وتأخذ أحكام الوقف.[1]

(١)الولايات الخاصة في الفقه ١/٢١٦.

المبحث الخامس : تصرفات الأولياء ، وكيفية ترتيبهم عند الفقهاء

اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في ترتيب الأولياء في النكاح وغيره، وكان لكل مذهب منهم مسلكه في تحديد الأحق بالولاية بحسب استنباطهم من النصوص الشرعية ، وما يحقق مصلحة المولى عليه، ويضمن حقوقه ، فأما في النكاح .

فقد ذهب الحنفية إلى تقديم الابن وابنه وإن نزل ثم الأب والجد وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم أبناؤهم وإن نزلوا ، ثم لعم الأب الشقيق ثم العم لأب ثم بنوهم ، ثم أعمام الجد ثم بنوهم ، ثم بقية العصبة حسب الميراث ثم تنتقل إلى الأرحام عند أبي حنيفة خلافا للصاحبين فإنهم نقولها إلى الحاكم (١).

وأما المالكية فإنهم يقدمون الولي المجبر وهو الأب ثم وصيه إن عدم الأب أما الأولياء غير المجبرين فإن الولاية تكون للعصبات أولا ، وهم الابن ثم ابنه وإن نزل ، ثم الأب ثم الأخوة الأشقاء ثم أبناؤهم ثم الأخ لأب ثم الجد ثم الأعمام ثم أبناؤهم ، ثم جد الأب ثم عم الأب ثم ابنه ، ويقدم الشقيق من كل صنف على الذي لأب ثم بعد ذلك مولى العتاقة وهو من أعتق المرأة ثم كافل المرأة على خلاف في ذلك ثم الحاكم ثم لكل مسلم بالولاية العامة [٢]

وأما الشافعية فإنهم أثبتوا الولاية للأب أولا ثم الجد وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب وأبناؤهما ، ثم العم ثم العم لأب ، ثم أبناؤهم ، ثم بقية العصبة بحسب إرثهم ، ثم بعد ذلك المعتق وعصبته ثم الحاكم .

---

(١)بدائع الصنائع (٢/٢٤٩) ، حاشية ابن عابدين (٢/٣١١) ، المبسوط للسرخسي (٤/٤٠٠)

(٢)مواهب الجليل (٣/٤٢٤) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي(٢/٢٢٥)

أما الابن فلا ولاية له على أمه إلا إذا كان بصفة أخرى غير البنوة [١].

وذهب الحنابلة إلى أن ولاية النكاح تكون أولا للأب ثم الجد وإن علا ، ثم الابن ثم ابن الابن وإن نزل ثم الأخ الشقيق ثم لأب ، ثم أبناؤهم ، ثم العم الـــشقيق ، ثم لأب ثم لأبنائهم ، ثم الأقرب فالأقرب ، ثم بعد ذلك المعتق وعصبته .

ثم تكون الولاية بعد ذلك للسلطان أو نائبه ، ثم ذو السلطان كأمير القرية أو القافلة ، ثم بعد ذلك توكل إنسانا عدلا ليتولى أمرها و لا يعدل إلى ذوي الرحم [٢].

---

(١)مغني المحتاج (١٥١/٣) المهذب (٣٧/٢) روضة الطالبين (٥٩/٧)

(٢)كشاف القناع (٥٠/٥) ، المغني (٣٥٧/٩) .

المبحث السادس : الولايات النيابية :– تعريفها واستمدادها :

النيابة **لغة** : من ناب ينوب نوبا ومنابا أي قام مقامي ، يقال : ناب عني في هـذا الأمر نيابة إذا قام مقامي .

وفي المعجم الوسيط ، ناب عن الشيء نوبا قرب إلى الشيء درجة إليه واعتاده ،نيابة أي قام مقامه فهو نائب (١).

واصطلاحا : هي الولايات الخاصة ، التي يستمدها صاحبها من الـولي الأصـلي بإنابته له إما اتفاقا كالوكالة ونحوها، أو إجبارا كتولي القاضي ولاية من لا ولي له (٢).

استمداد الولايات النيابية :–

يستمد الولي في الولايات ولايته ممن أنابه من الأولياء الأصليين ولذا فإنه يأخذ حكم من أنابه ، فالوصي يستمدها من الموصي صاحب الولاية الأصلية بحكم قرابته للمـولى عليه .

والقاضي يستمد ولايته الغيابية من السلطان الذي جعل له ولاية القضاء ، ولذا فهي مقيدة بما جاء في التعيين .

ومن هنا يظهر أن الولايات النيابية مستمدة من الولايات الأصلية .

(١)لسان العرب (٧٤٧/١) القاموس المحيط (١٧٩) ، المعجم الوسيط (٩٦١/٢).

(٢)الولايات الخاصة في الفقه (٢٤٠) نقلا عن ضوابط العقد في الفقه الإسلامي .

الباب الأول

الفصل الثاني : بيان ولاية القاضي

ويشتمل على المباحث التالية :

المبحث الأول : أهمية ولاية القاضي في حفظ الأموال والحقوق .

المبحث الثاني : استمداد ولاية القاضي ، وما تشمله من أعمال عند الفقهاء .

المبحث الثالث : ولاية القضاء في المملكة العربية السعودية وما تشمله من أعمال قضائية وولائية .

المبحث الأول : أهمية ولاية القاضي في حفظ الأموال والحقوق .

إن من كرم الله سبحانه أن اختار لنا شريعة الإسلام وأرسل إلينا أفضل رسله بأكمل الشرائع ، وإن الشريعة جاءت ببيان الحقوق والواجبات بين الفرد ومجتمعه ، أو المكاسب والالتزامات لكل فرد .

فبينت حقوق كل فرد وجعلت لذلك حدودا من تعداها أخذ من حقوق غيره .

ولكن طبيعة الاختلاف بين الناس في أفهامهم وأخلاقهم وطبائعهم ، وما جبل عليه الإنسان من الطمع وحب الذات وإتباع الشيطان الذي يجري من ابن ادم مجرى الدم يؤدي إلى الاستئثار والتعدي على حقوق الناس ، قال الخطيب الشربيني[1] [إن طباع البشر مجبولة على التظالم ، ومنع الحقوق ، وقل من ينصف نفسه] [2]

وقد كلف الله تعالى الدولة الإسلامية ممثلة بسلطتها القضائية ونظامها القضائي بحماية حقوق الناس والحفاظ عليها ، والحافظ لها والرقيب لهذه الحقوق هو القاضي بما أعطي من ولاية للفصل بين الناس وفض المنازعات ورد الحقوق إلى أصحابها ويقيم العدل ويطبق حدود الله ويمنع الظالم من ظلمه .

قال تعالى : ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلْقِسْطِ ﴾[3]

وقال تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾[4]

---

(١)هو عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، الشربيني ، المصري ، فقيه شافعي أصولي ولي مشيخة الجامع الأزهر سنة ١٣٢٢هـ من تصانيفه : " حاشية بهجة " ، في فروع الفقه الشافعي ، و " تقرير على جمع الجوامع " في الأصول توفي بالقاهرة ١٣٢٦ هـ الأعلام ٤ / ١١٠ ، ومعجم المؤلفين ٥ / ١٦٨ ، ومعجم المطبوعات ص ١١٠ .

(٢) مغني المحتاج (٢٧٢/٤)

(٣) سورة الحديد:٢٥

(٤) سورة النساء:٥٨

فالقضاء ركن من أركان الدولة ، وجزء هام من مقومات المجتمع ، وتقـع عليـه مسؤولية حماية الأنفس والأموال والحقوق ، ورد الحقوق إلى أصحابها أو تعويضهم عنها ماديا أو معنويا . [١]

(١) ينظر التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية للدكتور محمد مصطفى الزحيلي – دار الفكر –١٤٠٢هـ

المبحث الثاني : استمداد ولاية القاضي ، وما تشمله من أعمال عند الفقهاء

يستمد القاضي ولايته من السلطان أو الحاكم ، إذ أن الأصل أن أعمال القاضـــي مـــن واجبات الحاكم فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بين النـــاس بنفـــسه ويشرف على تنفيذ الأحكام .

فقد روت أم سلمة[١]، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "إنما أنا بـــشر وإنكـــم تختصمون ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض وأقضي له على نحو ما أسمـــع فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذ فإنما أقطع له قطعة من النار" [٢].

وكما حكم في الغامدية[٣] وماعز [٤] وكذلك في جلد من تكلم في الإفك وغير ذلك .

ثم لما اتسعت الدولة الإسلامية كان لابد من إرسال من يقضي بين النـــاس في بلـــدانهم فبعث عليا ومعاذا إلى اليمن .

---

(١) هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله ، المخزومية أم المؤمنين ممن أسلم قديما ، ومن المهاجرات الأول تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم سنة ٤هـــ بعد أن توفي زوجها أبو سلمة ، كانت أم سلمة موصوفة بالعقل البالغ والرأي الصائب روت عن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي سلمة وفاطمة الزهراء وأخذ عنها كثيرون . تنقل كتب الحديث لها قريبا من مائة فتيا و٣٧٨ حديثا توفيت عام ٥٩هـــ

ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة ٤ / ٤٥٨ ؛ وسير أعلام النبلاء ٢ / ١٤٢

(٢) رواه البخاري في الأحكام باب موعظة الإمام للخصوم برقم (٦٦٣٤) ومسلم في الأقضية باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة برقم (٤٥٧٢)

(٣)الغامدية في اسمها خلاف، قيل أبية، وقيل سبيعة، وفى الإصابة أنها سبيعة القرشية ينظر: الإصابة ٦٩٢/٧

(٤)ماعز بن مالك الأسلمي معدود في المدنيين ، وكتب له رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابا بإسلام قومه، وهو الذي اعترف على نفسه بالزنا تائبا منيبا وكان محصنا فرجم ، ثبت ذكره في الصحيحين روى عنه ابنه عبد الله بن ماعز حديثا واحدا. ينظر: الاستيعاب ٤١٨/١ ، الإصابة ٧٠٥/٥،

وكذلك الخلفاء من بعده كأبي بكر[١] وعمر [٢] فكانوا يقضون بين الناس ويرسلون من يقضي بينهم .

وإذا كانت ولاية القضاء مستمدة من السلطان فإنها تكون شاملة لجميع ولاياتـــه إلا إن حدد له نوعا معينا من الأقضية أو الأمكنة كقضاء اليمن ونحو ذلك .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية [٣]: عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتـــولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف وليس لذلك حد في الشرع . فقد يـــدخل في ولاية القضاة في بعض الأمكنة والأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب في مكان وزمـــان آخر ؛ وبالعكس . وكذلك الحسبة وولاية المال . وجميع هذه الولايات هي في الأصـــل ولاية شرعية ومناصب دينية فأي من عدل في ولاية من هذه الولايات فـــساسها بعلـــم

---

(١) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب القرشي التيمي، خليفة رسول الله ﷺ وأحب الرجال إليه، وصاحبه في الغار والهجرة، وأول من أسلم به من الرجال، وهو من العشرة المبشرين بالجنة، ولد بعد الفيل بسنتين وستة أشهر، وغلب عليه اسم عتيق، كان رحيما بالأمة، وحارب المرتدين، ومناقبه كثيرة جدا لا يمكن استيفاؤها في مثل هذه الترجمة، توفي سنة ١٣هـ.

ينظر: تهذيب الكمال للمزي (٢٨٢/١٥)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (٧/٢٨)، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٢٧١/٦).

(٢) هو الصحابي الجليل أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى القرشي العدوي، الفاروق أمير المؤمنين، ولد قبل مبعث النبي ﷺ بثلاثين سنة، وأسلم في السنة السادسة من البعثة، وهاجر إلى المدينة قبل رسول الله ﷺ ، وهو من العشرة المبشرين بالجنة، وتولى الخلافة بعد أبي بكر وفتح الفتوح، واغتنى الناس في عهده، عرف بشدته في الحق، وموافقة رأيه للقرآن في مواضع، توفي في أواخر ذي الحجة سنة ٢٣هـ.

ينظر: وسير أعلام النبلاء للذهبي (٧١/٢٨)، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٣١٢/٧).

(٣) هو أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي، شيخ الإسلام ولد بحران سنة ٦٦١هـ، وقدم مع والده وأهله إلى دمشق وهو صغير فسمع من خلق كثير، وكان آية في الحفظ، وإماما في التفسير والأصول والفقه والزهد، له التصانيف العظيمة النافعة حتى قيل أنها تبلغ ثلاث مئة مجلد، منها: السياسة الشرعية، والفتاوى، والصارم المسلول على شاتم الرسول، والقواعد النورانية، وغيرها، توفي سنة ٧٢٨هـ بقلعة دمشق.

ينظر: ذيل طبقات الحنابلة (٣٨٧/٢)، والبداية والنهاية (٢٩٥/١٨)، والأعلام (١٤٤/١).

وعدل وأطاع الله ورسوله بحسب الإمكان فهو من الأبرار الصالحين وأي من ظلم وعمل فيها بجهل فهو من الفجار الظالمين (١)

وقد ذكر العلماء ما تشمله ولاية القاضي إذا لم يحدد له السلطان ولايته وهي :

١- الفصل في المنازعات وقطع التشاجر والخصومات ، إما صلحا عن تراض ويراعى فيه الجواز أو إجبارا بحكم بات يعتبر فيه الوجوب .

٢- والثاني استيفاء الحقوق ممن مطل بها وإيصالها إلى مستحقيها بعد ثبوت استحقاقها من أحد وجهين : إقرار ، أو بينة .

٣- ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس حفظا للأموال على مستحقيها وتصحيحا لأحكام العقود فيها .

٤- النظر في الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها والقبض عليها وصرفها في سبيلها ، فإن كان عليها مستحق للنظر فيها راعاه وإن لم يكن تولاه ، لأنه لا يتعين للخاص فيها إن عمت ، ويجوز أن يفضي إلى العموم وإن خصت .

٥- تنفيذ الوصايا على شروط الموصي فيما أباحه الشرع و لم يحظره .

وإن كانت لمعينين كان تنفيذها بالإقباض ، وإن كانت في موصوفين كان تنفيذها أن يتعين مستحقوها بالاجتهاد ويملكوا بالإقباض ، فإن كان فيها وصي راعاه وإن لم يكن تولاه .

٦- تزويج الأيامى بالأكفاء إذا عدمن الأولياء ودعين إلى النكاح .

٧- إقامة الحدود على مستحقيها ، فإن كان من حقوق الله تعالى تفرد باستيفائه من غير طالب إذا ثبت بإقرار أو بينة ، وإن كان من حقوق الآدميين كان موقوفا على طلب مستحقه .

---

(١) فتاوى شيخ الإسلام (٢٨/٦٨)

٨- النظر في مصالح عمله من الكف عن التعدي في الطرقات والأفنية وإخراج ما لا يستحق من الأجنحة والأبنية ، وله أن ينفرد بالنظر فيها وإن لم يحضره خصم .

٩- تصفح شهوده وأمنائه واختيار النائبين عنه من خلفائه في إقرارهم والتعويل عليهم مع ظهور السلامة والاستقامة وصرفهم والاستبدال بهم مع ظهور الجرح والخيانة .

ومن ضعف منهم عما يعانيه كان موليه بالخيار من أصلح الأمرين : إما أن يستبدل به من هو أقوى منه وأكفى ، وإما أن يضم إليه من يكون اجتماعه عليه أنفذ وأمضى .

١٠- التسوية في الحكم بين القوي والضعيف والعدل في القضاء بين المشروف والشريف ، ولا يتبع هواه في تقصير المحق أو ممايلة مبطل ، قال الله تعالى : ﴿ **يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب** ﴾[١] [٢]

---

(١)سورة ص:٢٦.

(٢) ينظر : الأحكام السلطانية للفراء (٦٥) ، والأحكام السلطانية للماوردي (١/١٢٠)

المبحث الثالث : ولاية القضاء في المملكة العربية السعودية وما تشمله من أعمال قضائية وولائية .[١]

من المعلوم أن ولاية القاضي مستمدة من الإمام أو الحاكم الـذي يتـولى جميـع الولايات ، ولذلك فإن له أن يجعل للقاضي النظر في جميع ما يرفع له ، وله أن يخصص له بعض الولايات وبعض الأمور .

ويمكن أن يجعل عمل القاضي منضويا تحت نوعين من العمل وهما :

١- العمل القضائي : ويتمثل في قطع المنازعات وفصل الخصومات ، ولابـد لهذا النوع من وجود خصمين مدعي ومدعى عليه .

٢- العمل الولائي : وهو ما يباشره القاضي بنفسه بما له من الولاية العامـة ، كتزويج من لا ولي لها ، وإقامة نظار الوقف ، وغير ذلك ممـا لا يحتـاج لوجود خصمين وهو ما يسمى (بالقضايا الإنهائية).

والقضاء في المملكة مر بمراحل من تنويع المحاكم وتوسيع بعض الاختصاصات لبعض المحاكم ، وبيان الاختصاصات المكانية والزمانية للقضاة .
ويتضح ذلك بما تنص عليه المواد التالية من نظام القضاء وغيره من الأنظمة المتعلقة به كنظام تركيز المسؤوليات وغير ذلك من الأنظمة .

فقد بين نظام القضاء الصادر بالمرسـوم الملكـي ذي الـرقم (م/٧٨) والتـاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ ، أنواع المحاكم وأعمالها واختصاصها .

(١) نظام القضاء في المملكة العربية السعودية الصادر عام ١٤٢٨ هـ .

١– **المجلس الأعلى للقضاء** : وقد بينت المادة الخامسة ، ما يختص بنظره ومن ذلك

النظر في شؤون القضاة الوظيفية، من تعيين وترقية وتأديب وندب وغير ذلك .

إصدار اللوائح المتعلقة بشؤون القضاة الوظيفية ، و لائحة للتفتيش القضائي

إنشاء المحاكم والإشراف عليها وفق الأسماء المنصوص عليها في النظام ،

تسمية رؤساء محاكم الاستئناف ومساعديهم ، ورؤساء محاكم الدرجة الأولى ومساعديهم.

إصدار قواعد تبين طريقة اختيار القضاة، وإجراءات وضوابط تفريغهم للدراسة

تنظيم أعمال الملازمين القضائيين.

إعداد تقرير شامل في نهاية كل عام يتضمن الإنجازات التي تحققت والمعوقات ومقترحاته بشأنها ورفعه إلى الملك.

٢– **المحكمة العليا** : وقد بينت المواد من (١٠ – ١٤) اختصاص هذه المحكمة ومن ذلك :

تتولى المحكمة العليا مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام ، وذلك في الاختصاصات الآتية :

- مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، بالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها.
- مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، المتعلقة بقضايا لم ترد في الفقرة السابقة أو بمسائل إنهائية ونحوها كمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها أو صدور الحكم من محكمة غير مشكلة تشكيلا سليما طبقا لما نص عليه في هذا النظام وغيره من الأنظمة أو الخطأ في تكييف الواقعة، أو وصفها وصفا غير سليم.

٣- محاكم الاستئناف : وقد بينت المواد من (١٥-١٧) اختصاص هذه المحـــاكم وتتكون من عدة دوائر كالدوائر الحقوقية والجزائية والتجارية والعمالية ودائرة الأحـــوال الشخصية ، وتقوم هذه المحاكم بتدقيق أحكام محاكم الدرجـــة - العامـــة والجزئيـــة - ولمحاكم الاستئناف على وجه الخصوص تدقيق الأحكام الآتية:

١. كل حكم صدر على غائب ويقصد به الذي سمعت عليه الدعوى وحكم فيها لعـــدم معرفة محل إقامته العام أو المختار داخل المملكة أو خارجها .

٢. النظر ابتداء في طلبات التماس إعادة النظر على الأحكام الصادرة في القضايا المدنيـــة ، وتدقيقا في طلبات الالتماس المرفوضة أو المقبولة في القضايا الجزائية.

٣. الفصل في تدافع الاختصاص الذي يحصل بين محكمتين من محاكم القضاء العام ، أو بين قاضيين في محكمة واحدة ، ويشار هنا إلى أن التدافع إذا وقع بـــين جهـــتين قـــضائيتين كإحدى المحاكم العامة ، والمحكمة الإدارية فإن " لجنة الفصل في تنازع الاختـــصاص " في المجلس الأعلى للقضاء تتولى الفصل في هذا التنازع.

٤. الأحكام الصادرة بالقتل أو الرجم أو القطع أو القصاص فيما دون النفس.

٥. الأحكام المعترض عليها من قبل أحد أطراف الدعوى.

٦. الأحكام الصادرة بالإذن للولي والناظر ببيع عقار القاصر أو الوقف أو قسمته.

٧. الأحكام الصادرة ضد بيت المال ، أو القصار ، أو الأوقـــاف والأجهـــزة الحكوميـــة ونحوهم.

٨. النظر في طلب رد رئيس المحاكم أو رئيس المحكمة في البلد الذي لا يوجد فيه رئـــيس محاكم عن نظر الدعوى.

٤- **محاكم الدرجة الأولى** : وقد بينت المواد من (١٨-٢٤) اختصاص هذه المحاكم وتتكون من دوائر عدة كدوائر قضايا القصاص والحدود و دوائر القضايا التعزيرية و دوائر قضايا الأحداث.

و يكون من بينها دوائر للتنفيذ وللإثباتات الإنهائية وما في حكمها – الخارجة عن اختصاصات المحاكم الأخرى وكتابات العدل – وللفصل في الدعاوى الناشئة عن حوادث السير وعن المخالفات المنصوص عليها في نظام المرور ولائحته التنفيذية .

كما بينت المادة الرابعة والسبعون من نظام القضاء اختصاص كتابات العدل بتوثيق العقود وضبط الإقرارات فيما عدا الأوقاف والوصايا.

الباب الثاني : الفصل الأول

تمهيد :في بيان المراد بولاية ونيابة القاضي في النكاح وأنواع الولاية .

المبحث الأول : تزويج القاضي للمرأة إذا ثبت عضل الولي لها

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العضل لغة واصطلاحا وحكمه .

المطلب الثاني : أثر العضل في ولاية النكاح ، ومتى تنتقل الولاية إلى القاضي .

تمهيد : في بيان المراد بولاية ونيابة القاضي في النكاح وأنواع الولاية .

تقدم معنا فيما مضى أن الولاية أنواع و أقسام و منها ولاية التـــزويج أو ولاية النكاح وهي مباشرة الولي و إنكاح موليته لطالبها و ولاية التزويج من أدق أنواع الولايات لأن آثارها لا تقف عند المولى عليه فقط و لكن تتعداه إلى الإنـــسان الـــذي يشاركه هذا العقد وارتضاه زوجا له، ونظر لما لهذه العلاقة من آثار بعيدة المدى علـــى الفرد والمجتمع، فقد اعتنى الشارع الحكيم بهذا النوع من الولايات وتكلم عنها الفقهاء من جوانب عدة من حيث ثبوتها أو من تثبت عليه و أســـباب الثبـــوت ونظـــرا لأن النصوص الواردة في ذلك لم تكن قطعية الدلالة أو أن أحكامها بنيت على المـــصلحة واختلاف فهومهم ، اختلفت أرائهم في بعض موضوعات هذه الولاية و آراء الفقهاء في ثبوتها (١).

وقد قسم الفقهاء ولاية النكاح إلى قسمين:

القسم الأول : ولاية الإجبار :

والإجبار لغة: الإكراه يقال أجبرته على كذا أي حملته عليه قهرا [٢].

وولاية الإجبار : هي سلطة تمكن الولي من الاستبداد بتزويج المولى عليه ، أو هي تنفيذ القول بالإنكاح على الغير.

وقد اتفق الفقهاء على ثبوت ولاية الإجبار لبعض الأولياء على بعض المولى عليهم و هم الصغير و الصغيرة ، و المجنون و المجنونة على تفصيل في ذلك وكذا اتفقوا علـــى عدم إنكاح البالغة الثيب إلا برضاها[٣].

---

(١)الولاية على النفس للدكتور حسن الشاذلي (٢٦٩)

(٢)المصباح المنير (٢/٦٠) ، لسان العرب (٤/١١٣)

(٣) ينظر في أقسام الولاية في النكاح : بدائع الصنائع (٢/٢٤١) وحاشية ابن عابدين (٢/٣٠٤) ، والشرح الكبير (٢/٢٢١) المجموع (١٧/٢٦١) المهذب (٢/٣٥) الشرح الكبير مع الإنصاف (٢٠/١١٣) .

فعند الحنفية مناط الإجبار كون المولى عليه صغيرا أو صغيرة سواء كانت الصغيرة بكرا أم ثيبا فالعبرة بالصغر ، و كذا المجنون والمجنونة الكبيرة سواء كان جنونا أصليا أم طارئا .

فتثبت عليهم ولاية الإجبار لاسيما إذا احتاجوا للنكاح وتعلقت به مصالحهم لأن الإذن متعذر منهم لأنه لا يصدر إلا من عاقل .

و لأن الحكمة من تشريع الولاية على المجانين المحافظة على مصالحهم لعجزهم عن النظر لأنفسهم ، كما يخشى عليه من الوقوع في الزنا، ويحتاج لمن يحافظ عليه .

كما أن المجنونة قد تشتهي الرجال ، وتحتاج لمن ينفق عليها، و لا يعرف وقت زوال الجنون وفي تأخير نكاحه ضرر عظيم لا تقره الشريعة كما أنه مما اتفق الفقهاء الأربعة على إثبات ولاية الإجبار عليه .

إلا أنه كان إن كان الولي لهؤلاء غير الأب أو الجد ثبت لكل أحد منهم الخيار[١].

و أما المالكية فإنهم يرون جواز إجبار الولي لابنه الصغير وكذا ابنته الصغيرة و الولي أبوها أو وصيه وكذا يجوز له أن يجبر ابنته البكر العانس وكذا الثيب الصغيرة [٢].

و أما الشافعية فإنهم يثبتون ولاية الإجبار للولي وهو الأب و الجد على الصغير و على البكر سواء كانت صغيرة أم كبيرة لقوله صلى الله عليه و سلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها ». [٣]

و أما الثيب الصغيرة فإنه لا ولاية عليها لما ورد في السنة من أنها أحق بنفسها كما في الحديث السابق ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح خنساء بنت خدام

---

(١)حاشية ابن عابدين (٣٠٤/٢) فتح القدير (١٦٤/٣) بدائع الصنائع (٢٤١/٢)

(٢)حاشية الدسوقي (٢٤٤/٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١٢/٢_١٦)

(٣)رواه مسلم في النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت برقم (٣٥٤٣) من حديث ابن عباس وأبو داود في النكاح باب في الثيب برقم (٢١٠١) ، والنسائي باب استئمار الأب البكر في نفسها برقم (٣٢٦٤) وصححه الألباني في الإرواء (٢٣١/٦).

الأنصارية [١] كما في البخاري[٢]، فالنبي رد نكاحها لعدم رضاها فدل على أن المعتبر هو الثيوبة سواء كانت بالغة أو صغيرة [٣].

و أما الحنابلة فإنهم أجازوا للأب تزويج بنيه الصغار الذكور والإناث، وكذا المجانين و لو بالغين .

لما روي أن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد فأجازاه جميعا [٤] والمجنون أولى بالإجبار لعدم العقل والاختيار .

وكذا البنات الأبكار لقوله صلى الله عليه و سلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها » [٥] ولو بعد البلوغ بشرط أن يزوجها بكفء وفي البالغة روايتان وكذا الثيب الصغيرة لأنه لا إذن لها[٦].

فتبين مما سبق من عرض مذاهب الفقهاء ، أنهم اتفقوا على جواز إجبار الصغير وكذا الصغيرة البكر ، وكذا المجنون والمجنونة ولو كانوا بالغين.

كما اتفقوا على عدم إجبار الثيب الكبيرة على النكاح و إنما تستأمر إلا ما شذ عن الحسن البصري وقد خالف فيه أهل العلم والسنة الثابتة ، وكذا الولد البالغ العاقل [٧].

---

(١) هي خنساء بنت خدام بن خالد الأنصارية من بني عمرو بن عوف، وهي ممن بايع النبي صلى الله عليه وسلم، زوجها أبوها من رجل من بني عمرو بن عوف، وخطبت إلى أبي لبابة بن عبد المنذر، فارتفع شأنها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأمر أباها يلحقها بهواها، فتزوجت أبا لبابة وأنجب له السائب.

ينظر الإصابة ٦٥/٨، والطبقات الكبرى لابن سعد ٤٥٦/٨.

(٢) رواه البخاري في النكاح باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود (٢٣/٧) فتح برقم (٤٨٤٥)

(٣)المجموع (١٧/ ٢٦١ ـ ٢٦٦) روضة الطالبين (٥/ ٤٠١)

(٤)أخرجه البيهقي في السنة مختصرا (٧/ ١٤٣) وأخرجه مالك في الموطأ (٥٢٧/٢) وأخرجه سعيد بن منصور في سننه(٩٢٨) وعبد الرزاق في مصنفه (٢٩٢/٦) وابن أبي شيبة في المصنف (٣٠١/٤)

(٥)سبق تخريجه ص :

(٦)الشرح الكبير (٢٠/ ١١٣ ـ١٢٨) كشاف القناع (١٤٣/٧)

(٧)الشرح الكبير (٢٠/ ١٢٧)

واختلفوا في البكر البالغة، و في الثيب الصغيرة و مرد الخلاف في ذلك هو اختلافهم في سبب ولاية الإجبار هل هو الصغر أم البكارة فمنهم من أثبتها على الصغيرة فقط كالأحناف و منهم من أثبتها على البكر سواء كانت كبيرة أم صغيرة كالشافعية،والمشهور عند الحنابلة و منهم من أثبتها على البنت الصغيرة سواء كانت بكرا أم ثيب و على البكر سواء كانت صغيرة أم كبيرة كالمالكية.

القسم الثاني :ولاية الاختيار

ولاية الاختيار هي ما يعتبر فيه رضا المولى عليه .

وهي : السلطة التي تخول الولي ، من مباشرة عقد نكاح موليته بإذنها و رضاها .

وسميت اختيارية لانتفاء صفة الإجبار عنها ، إذ لا يحق للولي إجبار موليته .

كما تسمى ولاية المشاركة لأنها مشتركة بين الولي والمولى عليه .

كما سماها الحنفية ولاية الندب و الاستحباب لأنه لا يشترط عندهم لصحة النكاح مباشرة الولي بل يستحب ذلك فقط .

فهي عند الحنفية : سلطة تعطيها المرأة الولي ، بمقتضاها يباشر العقد نيابة عنها.[١]

فلو زوجت المرأة نفسها جاز ذلك وكان نكاحا صحيحا وللأولياء حق الاعتراض إذا كان غير كفء .

وعند جمهور الفقهاء أنها ولاية مشاركة لا ينفرد بها الولي عن موليته كما لا تنفرد بها المرأة عن وليها ، فإن زوجت نفسها كان نكاحها باطلا وتثبت هذه الولاية على جميع النساء اللاتي لا تثبت عليهن ولاية الإجبار[٢].

---

(١)بدائع الصنائع (٢/٢٤١)

(٢)كشاف القناع (٥/٤٢) الولاية على النفس الحسن الشاذلي (٣١٦) الولاية على النفس أبو زهرة (١٢٢)

المبحث الأول : تزويج القاضي للمرأة إذا ثبت عضل الولي لها .

المطلب الأول : تعريف العضل لغة واصطلاحا ، وحكمه .

أولا : تعريف العضل .

العضل لغة : مصدر من عضل الرجل المرأة يعضلها عضلا إذا منعها من التزويج .

وعضل عليهم المكان أي ضاق عليهم ، وأعضل الأمر، اشتد واستغلق .

ومنه داء عضال أي شديد أعيا الأطباء .

قال ابن فارس : (العين والضاد واللام أصل واحد صحيح يدل على شدة و التواء في الأمر) [١].

العضل اصطلاحا:

ذكر الفقهاء العضل في موضعين :

١. عضل الرجل زوجته بأن يضار الرجل امرأته بالتضييق والضرب وسوء العشرة لأجل أن تفتدي منه بما أعطاها من مهر أو غيره ، و موضع هذا المعنى في باب الخلع من كتاب الطلاق.
٢. عضل الولي و منع التزويج، و قد اختلف تعبير الفقهاء عن هذا المعنى لاختلافهم في بعض صوره واختلافهم في وجوب ولاية الولي في بعضها.

فعرفه الحنفية بأنه : امتناع الولي عن تزويج الصغيرة من الزوج الكفء بمهر المثل أو أكثر.

---

(١)لسان العرب (٤٥١/١١) القاموس المحيط (١٣٣٥) معجم مقاييس اللغة (٣٤٥/٤)

وعرفه الحنابلة بأنه : منع المرأة من التزويج بكفئها، إذا طلبت ذلك ورغب كــل منهما في صاحبه بما صح مهرا، ولو كان بدون مهر مثلها [١].

فيظهر لنا أن تعريف الحنفية قصر العضل على الصغيرة لأن مذهبهم عدم اشتراط الولي في الكبيرة، كما أن هناك تعريفات أخرى تختلف باختلاف أقوالهم في الــولي المجبر.

والتعريف المختار : امتناع الولي من تزويج موليته من الكفء إذا خطبــها أو طلبت المرأة التزويج .

(١)كشاف القناع (٥/٥٤) المغني (٩/٣٨٣) الشرح الكبير (٢٠/١٨٤)

ثانيا : حكم العضل :

الواجب على من ولاه الله على المرأة أن ينظر إلى مصالحها وكيفية تحقيقها ، إذ أن الشرع إنما أوجب هذه الولاية لأجل مصلحة المرأة و سداد أمرها.

وامتناع الولي عن التزويج وعضل موليته من كفئها محرم ، و الشرع لم يثبت الولاية لأجل الاستبداد والظلم و هو محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة، والدليل على ذلك :

١- ما رواه معقل بن يسار[١] -رضي الله عنه - قال زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا ، وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية ﴿فلا تعضلوهن﴾ فقلت الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها إياه [٢].

٢-و لأنه ظلم للمرأة، و إضرار بها في منعها حقها من التزويج بمن ترضاه .

٣-و في منعها من التزويج مخاطر كثيرة من الانزلاق إلى الفاحشة و الفساد.

إلا إذا عضلها بسبب معتبر وكان لمصلحة المرأة كأن تطلب النكاح بغير كفء، لأنه محق في امتناعه من تزويجها [٣].

إلا أن المالكية استثنوا الأب المجبر فلا يصير عاضلا برد الخاطب الكفء و إن تكرر منه حتى يتحقق قصده الإضرار لما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته ولجهلها بمصالح نفسها .

---

(١) هو أبو علي معقل بن يسار المزني البصري، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن أهل بيعة الرضوان، سكن البصرة وتوفي بها آخر خلافة معاوية.

ينظر: سير أعلام النبلاء (٥٧٦/٢)، والإصابة (١٢٦/٦).

(٢) رواه البخاري في النكاح باب من قال : لا نكاح إلا بولي (٢١/٧)فتح . برقم (٥١٣٠) .

(٣)نهاية المحتاج (٢١٩/٦) المغني (٣٨٣/٩) حاشية الدسوقي (٢٣٢/٢)

المطلب الثاني : أثر العضل في ولاية النكاح، ومتى تنتقل الولاية إلى القاضي .

إذا عضل الولي موليته و منعها النكاح من الكفء بدون سبب ، أو لسبب غير وجيه و تحقق القاضي من ذلك فإنه ينهاه عن عضله ويأمره بالتزويج لإزالة الظلم عن المرأة ، فإن استجاب و أنكح المرأة للكفء ، انتهى العضل ، و إن امتنع و أصر على عضله انتقلت ولاية التزويج إلى غيره .

و قد اختلف الفقهاء فيمن تنقل إليه الولاية بعد ذلك على قولين:

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة في رواية إلى أن الولاية تنتقل من الولي العاضل إلى السلطان أو من ينيبه.

قال في بدائع الصنائع :[لأن الحرة البالغة العاقلة إذا طلبت الإنكاح من كفء وجب عليه التزويج منه ؛ لأنه منهي عن العضل ، والنهي عن الشيء أمر بضده فإذا امتنع فقد أضر بها والإمام نصب لدفع الضرر فتنتقل الولاية إليه][١].

وقال في مختصر خليل[٢][و عليه الإجابة لكفء وكفؤها أولى فيأمره الحاكم ثم زوج، و لا يعضل أب بكرا برد متكرر حتى يتحقق] (٣).

وقال في المقنع [و إن عضل الأقرب، زوج الأبعد و عنه يزوج الحاكم](٤).

(١)بدائع الصنائع (٥/٣٩٠)

(٢)هو ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى، الجندي فقيه مالكي محقق كان يلبس زي الجند تعلم في القاهرة ،وولي الإفتاء على مذهب مالك جاور بمكة وكان صينا عفيفا نزها وتوفي بالطاعون في شهر ربيع الأول سنة ٧٦٧ من تصانيفه : المختصر وهو عمدة المالكية في الفقه وعليه تدور غالب شروحهم ؛ و شرح جامع الأمهات شرح به مختصر ابن الحاجب وسماه التوضيح و المناسك

ينظر : الديباج المذهب ١١٥ ؛ والإعلام ٢ / ٣٦٤ ؛ والدرر الكامنة (٢ / ٨٦)

(٣)مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٥/٧٢)

(٤)المقنع (٢/١٨٤)

و قال في نهاية المطلب : [إذا دعت الحرة البالغة العاقلة وليها إلى تزويجها من كفء وجبت عليه إجابتها، لقوله تعالى : ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾][١]

واستدلوا بما يأتي :

١- ما روته عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، و إن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "[٢]

و الشاهد من الحديث أن الرسول صلى الله عليه و سلم قضى بأن السلطان ولي من لا ولي له.

و كذا لو كان الأولياء متشاكسون، فدل على صحة انتقال الولاية للقاضي مع وجود الأولياء و لا شك أن العضل يدخل في ذلك لما في ذلك من ظلم المرأة و تأخير زواجها في جميع الصور السابقة .

٢- أن في امتناع الولي من القيام بواجبه ظلما و ضرر على المولى عليها، دون وجه حق ، و القاضي و السلطان مسئول عن رفع الضرر و إزالة الظلم .

٣- أن القول بنقل الولاية من العاضل لمن بعده و من السلطان فيه سبب لوجود الشجار و المنازعات بين الوليين العاضل و من بعده ، و لا يقطع ذلك إلا القول بانتقال الولاية إلى السلطان .

---

(١)نهاية المطلب في دراية المذهب لإمام الحرمين الجويني (٣٩/١٢) .

(٢)سبق تخريجه ص٣٢

القول الثاني : ذهب الحنابلة في رواية و هو الصحيح من المذهب [١]، و هو قـــول عند الشافعية إذا كان العضل ثلاث مرات فأكثر[٢] و بعض المالكيـــة[٣]، إلى أن ولايـــة التزويج تنتقل للأبعد، فإن عضل الأولياء كلهم انتقلت الولاية للقاضي.

و استدلوا بما يلي :

١. ما روته عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجهـــا، و إن اشـــتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "[٤]

والشاهد من الحديث: مفهوم المخالفة فالحديث فيه أن السلطان لا يلي مع وجـــود الأولياء، و على هذا لا ولاية له عند العضل بل تنتقل لمن بعده.

٢. أن عضل الولي الأقرب وامتناعه لغير سبب مسقط لعدالته ويفسق بذلك ، و من شروط الولي العدالة، فتنقل الولاية للأبعد.

٣. أن الولي الأبعد أدرى بالمصلحة لقريبته من السلطان و هو أكمل شـــفقة في الغالب فكان أولى بالولاية .

و **الذي يترجح** لدي ما ذهب إليه الجمهور من أن الولاية تنتقل إلى الحاكم مباشرة عند عضل الولي.

و أما الاستدلال بمفهوم المخالفة من الحديث ، فإن الحديث يثبت ولاية السلطان لمن لا ولي له، و ذلك لا ينفي ولايته عمن لها ولي .

و أما كون الولي الأبعد أدرى بمصلحة قريبته و أكمل شفقة ، فإن الحاكم لا يزوج إلا بعد مراجعة الأقرباء و معرفة رأيهم.

---

(١)كشاف القناع (٢٧٧/١١)، الإنصاف (١٨٤/٢٠)

(٢)مغني المحتاج (١٥٣/٣)

(٣)حاشية الدسوقي (٢٣٢/٢)

(٤)سبق تخريجه ص٣٢

و قول الجمهور يقطع ما يمكن أن يحصل من النزاع والشقاق بين الأولياء، يضاف إلى تحقق السلطان و مراجعة أسباب العضل إن كان له وجه حق.

الباب الثاني : الفصل الأول

المبحث الثاني : تزويج القاضي للمرأة بسبب غيبة الولي .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الغيبة وأقسامها .

المطلب الثاني : متى تنتقل ولاية النكاح للقاضي بسبب غيبة الولي .

المبحث الثاني : تزويج القاضي للمرأة بسبب غيبة الولي .

المطلب الأول تعريف الغيبة وأقسامها .

سبق تعريف الغيبة وذكر أقسامها [١]

المطلب الثاني : انتقال ولاية النكاح للقاضي بسبب غيبة الولي .

اختلف الفقهاء فيمن تنتقل إليه ولاية النكاح عند غيبة الولي- الغيبة المعتبرة- [٢]:

القول الأول: ذهب الحنفية[٣] و الحنابلة[٤] إلى أن الولاية تنتقل من الولي الغائب إلى من بعده من الأولياء حسب ترتيبهم .

و استدلوا على ذلك بما يلي :

١. ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:"و إن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "[٥] ومفهوم الحديث أن من كان لها ولي فإن السلطان لا يتولى عليها.

٢. أن الولي الأبعد أدرى بالمصلحة من الولي الغائب، لحضوره و لغيبة القريب كما أنه أقدر على معرفة ما ينفع موليته من السلطان لانشغاله بأمور أخرى.

٣. تعلق حاجة المرأة للنكاح، و توقف ذلك على الولي، يوجب نقل الولاية لمن بعده حسب ترتيب أولياء النكاح و السلطان يأتي بعد القرابة.

---

(١)ينظر: ص

(٢)ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الولاية تنتقل من الولي الغائب الغيبة المعتبرة إلا ما نقل عن زفر من الحنفية والمالكية إذا كان الولي هو الأب والبنت بكرا و لم تتضرر البنت بالانتظار ، فإنهم يقولون بانتظار الولي حتى حضوره . ينظر بدائع الصنائع (٢/٢٥١) ، بداية المجتهد (٢/٧٢)

(٣)بدائع الصنائع ٢/٢٥٠، شرح فتح القدير ٣/٢٨٩

(٤)المغني ٩/٣٨٥، كشاف القناع ١١/٢٧٨)

(٥) سبق تخريجه ص ٦٥

القول الثاني : و ذهب الشافعية[١] إلى أن الولاية تنتقل إلى السلطان عند غيبة الولي وهي رواية عند الحنابلة قياسا على العضل(٢) واستدلوا بما يلي :

١. أن الولي الأبعد محجوب بولاية الأقرب، لأن ولايته باقية ولو كان نائبـا لأنه زوجها من حيث هو لصح نكاحه و لهذا فلا ولاية للأبعد حتى تزول ولاية الأقرب.
٢. ولأن ولاية التزويج حق للولي الغائب وقد تعذر استيفاؤه منه فتنتقل إلى الحاكم كالعضل، ولأن الحاكم هو من يأمر ويلزم بالرجوع عن العضل.

القول الثالث : وذهب المالكية إلى التفريق بين الولي المجبر وغيره، وبين نوع الغيبة فإن كان الغائب هو الأب فإن كانت غيبته بعيدة و يرجى رجوعه كمن خرج لتجارة أو سياحة فلا تزوج المرأة حتى يعود.

و إن كانت لا يرجى رجوعه كالمفقود و المأسور فيزوج الحاكم دون غيره من الأولياء.

أما إن كان الغائب غير الولي المجبر كالأخ والجد، فإن كانت غيبته ثلاثة أيام و نحوها و دعت لكفء فيزوجها الحاكم، وهناك تفصيل أكثر في المذهب المالكي و خلاف في بعض الصور [٣].

و الذي يظهر لي والله أعلم رجحان القول الأول وهو القول بنقل ولاية التزويج من الولي الغائب إلى الولي الحاضر الأبعد دون النظر في نوع غيبة الولي القريب و ذلك لوضوح دلالة الحديث على أن السلطان ولي من لا ولي له فإذا وجد الولي فإنه أحق من السلطان.

---

(١)مغني المحتاج ١٥٣/٣

(٢) الإنصاف ١٨٧/٢٠، المغني ٣٨٥/٩)

(٣)مواهب الجليل(٦٦/٥_٧٠)

كما أن الولي البعيد أقرب من الحاكم لوجود القرابة والشفقة مما يجعله يختار الأكفأ لها.

و أما انتقال الولاية إلى السلطان فإنه لا حاجة لها ما دام أن الولاية يمكن أن تنتقل من الغائب إلى الحاضر، وإنما كانت الحاجة للسلطان في العضل لحصول الضرر و الظلم والتعسف من الولي الحاضر [١].

(١)ينظر الولاية على النفس لمحمد أبو زهرة (١٦٠)

الباب الثاني : الفصل الأول

المبحث الثالث : تزويج القاضي للصغير العاقل والمجنون المطبق إذا احتاجا للنكاح مع عدم الوصي والأب

المطلب الأول :بيان المراد بالصغير والمجنون

المطلب الثاني : متى يزوج القاضي الصغير العاقل ، والمجنون بدون إذنهما

المبحث الثالث : تزويج القاضي للصغير العاقل والمجنون المطبق إذا احتاجا للنكاح مع عدم الوصي والأب

المطلب الأول :بيان المراد بالصغير والمجنون[١]

المطلب الثاني : متى يزوج القاضي الصغير العاقل ، والمجنون بدون إذنهما .

أولا : الصغير .

سبق وأن بينت في أسباب الولاية أن الصغر وصف مؤثر في سلب أهلية العاقد ونقصانها، لما في الصغر من أقدام القصد أو قصور النظر فيما يأتي ويدع[٢].

كما أن الفقهاء اتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها.[٣]

فثبوت الولاية في النكاح على الصغار لا خلاف فيه في الجملة ولكن لمن تثبت هذه الولاية وما مدى صحتها وبطلانها.

أما الحاكم فهو ولي من لا ولي له، وهذه قاعدة عامة في باب الولاية إلا أن العلماء اختلفوا في جواز وصحة تزويجه للصغير :

القول الأول: ذهب ابن حزم الظاهري[٤] إلى أن الصغير لا يزوجه أحد حتى يبلغ فيزوج نفسه، وإن زوجه أبوه أو غيره فالنكاح مفسوخ.[٥]

---

(١)سبق التعريف بالصغر والجنون ينظر: ص ٤٤-٤٧

(٢)ينظر :ص ٤٥

(٣)بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٥/٢.

(٤)هو الإمام الحافظ العلامة أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأموي الوزير الظاهري، صاحب التصانيف والفنون والمعارف، كان كثير الوقيعة في العلماء بلسانه وقلمه فأورثه ذلك حقدا في قلوب أهل زمانه، وكان ظاهريا حائرا في الفروع متأولا في الأصول، مالكيا ثم شافعيا ثم ظاهريا، توفي سنة ٤٥٦هـ، له من الكتب: المحلى، والإحكام في أصول الأحكام، والفصل في الملل والنحل.

ينظر : سير أعلام النبلاء (١٨٤/١٨)، والبداية والنهاية (٧٩٥/١٥)، والأعلام (٢٥٤/٤).

(٥)ينظر المحلى ٤٦٢/٩

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى أنه لا يصح تزويج الصغير إلا من الأب والجد لا من الوصي والحاكم قال في مغني المحتاج: (وله أي للولي من أب وجد لوفور شفقتهما، لا وصي وقاض في تزويج صغير عاقل أكثر من واحدة).[١]

القول الثالث: وذهب المالكية[٢] والحنابلة[٣] إلى أن لأب الصغير ووصيه والحاكم تزويجه دون غيرهم من الأولياء.

إلا أن الصحيح من مذهب الحنابلة أن الحاكم لا يزوج الصغير إلا للحاجة قيدها بعضهم بحاجة النكاح وهو الوطء والأكثر على إطلاقها لحاجة النكاح أو غيره كالخدمة.

قال في كشاف القناع: (وإن احتاج الصغير العاقل إلى النكاح لحاجة النكاح أي: الوطء أو لحاجة غيره كخدمة زوجه الحاكم بعد الوصي والأب أي مع عدمهما؛ لأنه الذي ينظر في مصالحه ولا يملك ذلك بقية الأولياء).[٤]

وكذلك نص المالكية أنه لابد من ظهور المصلحة إذا كان المجبر الوصي أو الحاكم وذلك كتزويجه غنية أو شريفة أو ابنة عم وقال بعضهم: إن قيد الحاجة إنما هو حيث يكون المهر من مال الصغير وإلا فلا يعتبر.[٥]

---

(١)مغني المحتاج ١٣٧/٢٠

(٢)ينظر حاشية الدسوقي ٢٤٥/٢

(٣)وكشاف القناع ٢٥٢/١١، والشرح الكبير ١٣٧/٢٠.

(٤)كشاف القناع ٢٥٢/١١

(٥)حاشية الدسوقي ٢٤٥/٢

القول الرابع: ذهب الحنفية إلى أن للحاكم وغيره من الأولياء تزويج الصغير إلا إن زوجه أبوه أو جده فلا خيار له عند البلوغ.[١]

والصحيح والله أعلم ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية من جواز تزويج الحاكم للصغير عند الحاجة لما في ذلك من مصلحة الصغير من حفظ له ورعاية، وإنفاق إن كانت غنية ونحو ذلك.

ولأن للحاكم ولاية عامة في النظر للصغير وحفظ ماله فكذلك في تزويجه.

(١)المبسوط ٤/٢١٢

ثانيا : تزويج المجنون المطبق

مر معنا في أسباب الولاية أن الجنون سبب لثبوتها سواء على الـذكر أو الأنثى لعجزهما عن النظر لأنفسهما فكان لابد من ولي يحفظ مصالحهما وأنفسهما حتى يزول ما بهما من العجز[١].

ومع ثبوت الاتفاق على الولاية في النكاح على المجانين إلا أن العلماء قد اختلفوا في حكم تزويجهم ومن يملك ذلك من الأولياء تبعا لاختلاف اجتهادهم فيما هو أصلح لهم.

وسأقتصر على حكم ولاية الحاكم على المجنون في النكاح.

وسوف أعرض مذاهب الفقهاء مع تعليلاتهم، خروجا من كثرة التقسيمات والخلافات في المذهب بسبب اختلاف النظر في مصالح المجنون.

مذهب الحنفية ذهب الحنفية إلى أن المجنون يزوج سواء كان كبيرا أم صغيرا كقولهم في الصغير العاقل.

وسواء كان جنونا أصليا أم طارئا عند جمهور الحنفية وذلك إن كان جنونه مطبقا وكان له فيه حاجة، مثل أن يكون يتبع النساء وتظهر فيه أمارات الشهوة.

أما إن لم تكن له حاجة أو كان جنونه غير مطبق فلا يزوج لعدم حاجته وإن كان له حاجة تزوج لنفسه يوم إفاقته.[٢]

مذهب المالكية: وأما المالكية فإنهم قالوا إن كان جنونه غير مطبق تنتظر إفاقته، ولا يزوجه أحد حال جنونه قال في حاشية الدسوقي: وجبر أب ووصي وحاكم مجنونا مطبقا وإلا انتظرت إفاقته.

---

(١)ينظر :٤٨.

(٢)المبسوط ١٦٦/٤،حاشية ابن عابدين ٦٦/٣

و أما إن كان جنونه مطبقا فلا يخلو من حالين:

إما أن يكون قد بلغ مجنونا، وإما أن يكون بلغ عاقلا ثم جن.

فإن بلغ مجنونا فإن لأبيه ثم وصيه ثم الحاكم تزويجه للحاجة إلى النكاح بأن خيف عليه الفساد أو الوقوع في الزنا؛ لأنه وإن سقط عنه الحد فلا يقر عليه.

وأما إن بلغ عاقلا ثم جن فلا يزوجه حينئذ إلا الحاكم فلا ولاية لأبيه ولا وصيه[١].

مذهب الشافعية: وأما الشافعية فقالوا إن كان المجنون صغيرا فلا يزوجه أب ولا غيره، لأنه لا حاجة إلى تزويجه في الحال وبعد البلوغ لا يدري كيف يكون حاله.

وإن كان كبيرا فإما أن يكون جنونه غير مطبق فلا يزوج حتى يفيق ويأذن.

قال في الأم: (وإن كان يجن ويفيق فليس لأحد أن يزوجه حتى يأذن له وهو مفيق في أن يزوج فإذا أذن فيه زوجه).[٢]

وأما إن كان جنونه مطبق فيزوجه الأب ثم الجد ثم السلطان دون سائر الأولياء للحاجة إلى النكاح الحاصلة حالا كأن تظهر رغبته في النساء وتعلقه بهن، أو مآلا كتوقع شفائه باستفراغ مائه بعد شهادة عدلين من الأطباء، أو يحتاج من يخدمه ولا يوجد من محارمه من يقوم بذلك .

وقيل فيمن بلغ عاقلا ثم جن لا يزوجه إلا السلطان كما ذهب المالكية.[٣]

مذهب الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أن المجنون إن كان صغيرا فلا يزوجه الحاكم وإنما تكون ولاية التزويج للأب كالصغير العاقل، لأنه إذا ملك تزويج العاقل مع احتياجه إلى التزويج رأيا ونظرا، فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع منه ذلك أولى.

---

(١)حاشية الدسوقي ٢٤٥/٢، و مواهب الجليل (١٠٢/٥)

(٢)الأم ٥٤/٦

(٣)ينظر الأم ٥٤/٦، مغني المحتاج ٢١٧/٣، نهاية المحتاج ٢٤٦/٦

وأما إن كان كبيرا فإن ممن يفيق أحيانا وكان جنونه غير مطبق كمن يخنق أحيانا فلا يزوجه أحد إلا بإذنه، لأن ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت عليه الولاية كالعاقل.

وأما إن كان جنونه مطبقا فقيل للأب ووصية تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها.

وقال بعضهم إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة.

وقال بعضهم: ليس للأب تزويجه بمال لأنه رجل فلم يجز إجباره على النكاح.[1]

وقال أبو عبد الله بن حامد[2] : (للحاكم تزويجه إذا ظهر فيه شهوة للنساء بأن يتبعهن؛ لأن ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها إذنه. ينظر للشرح الكبير [3]

والذي يترجح من مما سبق بيانه من مذاهب العلماء أن الصغير لا يزوج لعدم حاجته إلى النكاح وأما البالغ فإن كان جنونه متقطعا فلا يزوج حتى يفيق ويأذن بنفسه وإن كان جنونه مطبقا فلا يزوج إلا إذا ثبت أن ذلك من مصالحه وكانت هناك حاجة.

---

(١)الشرح الكبير ١١٥/٢٠، .

(٢)الحسن بن حامد بن علي بن مروان البغدادي، أبو عبد الله إمام الحنابلة في زمانه ومدرسهم ومفتيهم من أهل بغداد عاش طويلا له مصنفات في الفقه وغيره منها (الجامع) في فقه ابن حنبل نحو أربعمائة جزء و (شرح أصول الدين) وله شرح الخرقي روى عن: أبي بكر النجاد، وأبي بكر الشافعي، وابن سلم الختلي وروى عنه: أبو علي الأهوازي ، والقاضي أبو يعلى، وتفقه عليه، والمقرئ أبو بكر الخياط وكان يبتدئ في مجلسه بقراءة القران ثم التدريس ، وكان ينسخ بيده ويقتات من أجرته فسمى الوراق من أجل ذلك هلك شهيدا في أخذ الوفد قرب واقصة سنة ٤٠٣هـ ينظر : سير أعلام النبلاء ٢٠٣/١٧ ، الأعلام ١٨٧/٢ ، المقصد الأرشد ٣١٩/١

(٣)ينظر للشرح الكبير ١١٤/٢٠، كشاف القناع ٢٥٢/١١

الباب الثاني : الفصل الأول

المبحث الرابع : تزويج القاضي للمرأة بسبب فسق الولي

المطلب الأول : تعريف الفسق وضابطه

المطلب الثاني : خلاف العلماء في انتقال الولاية بسبب الفسق

المبحث الرابع : تزويج القاضي للمرأة بسبب فسق الولي

المطلب الأول : تعريف الفسق وضابطه

الفسق لغة :

مصدر لقولهم فسق يفسق و يفسق ، بمعنى الخروج عن الطاعة .

و منه قول العرب : فسقت الرطبة، إذا خرجت عن قشرها.

و منه قوله تعالى: ﴿و إنه لفسق﴾ أي خروج عن الطاعة.

و قيل أصله خروج الشيء من الشيء على وجه الفساد ، و قيل للحيوانات الخمس فواسق استعارة و امتهانا لهن لكثرة خبثهن وآذاهن.

و سمي الفاسق فاسقا لانسلاخه عن الخير و خروجه عن الطاعة [١].

تعريف الفسق اصطلاحا :

لا يخرج تعريف الفسق اصطلاحا عن معناه اللغوي و هو الخروج و لذا يطلق على العاصي كما يطلق على الكافر لأن كلا منهما قد خرج عن طاعة الله.

و لكن خص العلماء لفظ الفاسق على المسلم المرتكب للكبيرة أو المصر على الصغيرة (٢).

---

(١)لسان العرب مادة فسق ٣٠٨/١٠ الصحاح ١٥٤٣/٤ معجم مقاييس اللغة ٤/ ٥٠٢_ المصباح المنير (١٨٠) الجامع لأحكام القران (٧٧/٧) وفتح القدير للشوكاني (٤١١/١) .

(٢)روضة القضاة (٢٠٥/١) الجامع لأحكام القرآن (٢٦٣/١) الإحكام للآمدي (١٠٥/٢)

و الصحيح أن الفسق كما يطلق على العاصي لخروجه عن حد الدين تعاطيا ، فإنه يطلق على الكافر لأنه خرج عن حد الدين اعتقادا.

و أكثر ما يقال الفاسق لمن التزم حكم الشرع و أقر به ثم أخل بجميع أحكامه أو ببعضها.

فضابط الفسق هنا هو فعل كبيرة من الكبائر أو الإصرار على صغيرة من صغائر الذنوب، و هذا هو محل الخلاف [(١)].

أما إذا كان فسقه متهتكا مضرا بالمرأة غير مبال بما تنسب إليه موليته، مضرا لها بتزويجها بمن يضرها في دينها أو دنياها فإنه لا ولاية له اتفاقا لأنه ليس أهلا لها.

و كذا إن كان الولي عاضلا لها فإن الفقهاء قالوا بفسقه و نقل الولاية عنه كما مر في باب العضل.

---

(١)الجامع لأحكام القرآن (٢٦٣/١) الإحكام للآمدي (١٠٥/٢) المبسوط (١٨٠/٣)

المطلب الثاني : خلاف العلماء في انتقال الولاية بسبب الفسق

اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في حكم ولاية الولي الفاسق و إلى من تنتقل بعده على قولين:

القول الأول : ذهب الحنفية[١] والمالكية في المشهور[٢] ،و الشافعية في قول [٣] والحنابلة في رواية [٤]، إلى صحة ولاية الفاسق في النكاح و عدم اشتراط العدالة في الولي.

واستدلوا بما يلي :

١. قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾[٥]
٢. قوله صلى الله عليه و سلم " تخيروا لنطفكم و أنكحوا الأكفاء و أنكحوا إليهم"[٦].

و وجه الدلالة من الآية و الحديث أن الخطاب فيها عام للأولياء و لم يفرق بين العدل و الفاسق.

---

(١)بدائع الصنائع (٢/٢٣٩) فتح القدير (٣/٢٨٥)

(٢)الشرح الصغير (٢/٣٩٦)

(٣)تكملة المجموع (١٧/٢٥٥) نهاية المطلب (١٢/٢٥٠) مغني المحتاج (٣/١٥٥)

(٤)الإنصاف (٨/٧٣) المغني (٩/٣٦٩)

(٥) سورة النور: ٢٣

(٦)أخرجه ابن ماجه في النكاح: باب الأكفاء، (١/٦٣٣) حديث (١٩٦٨)، والدار قطني في سننه في النكاح: باب المهر (٣/٢٩٩)، حديث (١٩٨) من حديث عائشة به. قال في تلخيص الحبير هذا إسناد فيه الحارث بن عمران المدني ، قال فيه أبو حاتم: ليس بالقوي، والحديث الذي رواه لا أصل له، يعني هذا الحديث ، وقال ابن عدي: والضعف على رواياته بين. تلخيص الحبير(٣/٣٠٩)

٣. و لإجماع الناس من عهد النبوة و الخلفاء و من بعدهم إلى يومنا على تزويج بناتهم من غير نكير على أحد و لم يمنع الفسقة من تزويج بناتهم في عصر من العصور.[١]

٤. و لأنها ولاية نظر، و الغرض منها الحظ للمولية، و الفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر و لا في الداعي إليه و هو الشفقة.

٥. و لأن الفاسق من أهل أحد نوعي الولاية، و هو ولاية الملك حتى يزوج أمته فيكون من أهل النوع الآخر.

القول الثاني: و ذهب الشافعية[٢] والحنابلة في الصحيح من المذهب[٣]، و المالكية في قول [٤]، إلى عدم صحة ولاية الفاسق في النكاح و لابد من وجود العدالة.

و استدلوا بما يلي :

١. ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه و سلم " لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل (٥)

ووجه الدلالة من الحديث أن الرشد المشروط في الولي هو العدل ، و هو ممدوح أما الفاسق فليس بممدوح فإذا لا يلي و لم يخالف ابن عباس في هذا أحد من الصحابة.

---

(١)المغني (٣٦٩/٩)

(٢)روضة الطالبين (٦٢/٧) مغني المحتاج (١٥٥/٣)

(٣)الإنصاف (٧٣/٨)

(٤)مواهب الجليل (٧١/٥)

(٥)أخرجه البيهقي في (١١٢/٧) والدار قطني في سننه (٢٢١/٣) وقال الألباني ضعيف مرفوعا صحيح موقوفا ينظر : إرواء الغليل (٣٦٥/١) (١٨٤٤)

٢. و لأن الفاسق لا يؤمن من أن يحمله فسقه على أن يضع المرأة في أحضان غير الكفء فيلحق أهلها العار فلم يجز أن يكون وليا (١).

٣. و لأنها ولاية نظر كالولاية على المال فلا تثبت للفاسق.

٤. و لأن الفسق عيب ونقص يؤثر في الشهادة، فيمنع ولاية النكاح.

الترجيح:

و الذي يظهر لي و الله أعلم رجحان القول بصحة ولاية الفاسق في النكاح .

و ذلك لما ورد في الآية و الحديث و إجماع الناس على تزويج بناتهم و مولياتهم من غير نكير، و لأن اشتراط الولي في النكاح هو الاحتياط للمولية و وضعها عند الكفء و هذا موجود في الفاسق لوجود الغيرة الطبعية التي تكفه عن مثل هذا.

و لا شك أن الحاجة ماسة إلى ولايتهم إذا عم البلاء بكثرة الفساق و أنفتهم من التنازل عن حقهم في الولاية.

و أما ما استدل به من منع من ولاية الفاسق من حديث ابن عباس فقد أورد عليه إيرادان:

الأول: في سنده حيث لم يصح مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه و سلم و لا يصح إلا موقوفا عن عباس من قوله ، و الموقوف مختلف في حجيته.

الثاني: في دلالته فإن المراد بالرشد هنا العقل و هو ضد الجنون ، و لذا فإن الفاسق يرشد غيره لوجود آلة الإرشاد و هي العقل.

أو أن معنى الرشد هنا إيجاد الرشد منه في غيره وإن كان غير موجود في نفسه ، فإنه إذا زوجه بكفء كان مرشدا ولكنه قد يكون غير رشيد في نفسه (٢).

---

(١)ينظر تكملة المجموع للشيرازي (١٧/١٧٣)

(٢)بدائع الصنائع (٢/٢٣٩) وينظر الولاية في النكاح (١/٢٤٦) والأحكام المترتبة على الفسق (١/٣١١)

الباب الثاني

الفصل الثاني : تصرفات القاضي النيابية في كتاب الطلاق

ويشتمل على سبعة مباحث :

المبحث الأول : تطليق القاضي على المولي إذا أبى الفيئة نيابة .

المبحث الثاني : تطليق القاضي وفسخه للنكاح إذا كان الفسخ مختلفا فيه كالعنة أو لغياب الزوج نيابة .

المبحث الثالث : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالصداق .

المطلب الثاني : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة .

المبحث الرابع : تفريق القاضي بين المتلاعنين نيابة إذا أبى الزوج الطلاق .

المبحث الخامس : تطليق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع والكفارة أو الطلاق.

المبحث السادس : تفريق القاضي بين الزوجين لعدم الكفاءة .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الكفاءة ، وحكم اشتراطها .

المطلب الثاني : حكم تفريق القاضي بين الزوجين لعدم الكفاءة .

المبحث السابع : فسخ نكاح البنت البالغة إذا زوجها أبوها بغير إذنها وطلبت الفسخ .

المبحث الأول : تطليق القاضي على المولي إذا أبى الفيئة نيابة .

أولا: تعريف الإيلاء:

لغة: مصدر آلى يؤلي إيلاء و ألية، اليمين و جمعه ألايا.

و هو الحلف و منه قوله صلى الله عليه و سلم في الحديث "من ذا الذي يتألى علي أن أغفر لفلان فإني قد غفرت لفلان و أحبطت عملك" (١).(٢)

تعريف الإيلاء اصطلاحا:

عرف الحنفية الإيلاء بأنه اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله تعالى أو بتعليق ما يستشقه من القربان (٣).

و عرفه المالكية بأنه: يمين مسلم مكلف يتصور وقاعه، و إن مريضا بمنع وطء زوجته و إن تعليقا غير المرضعة و إن رجعية أكثر من أربعة أشهر(٤).

و عرفه الشافعية بقولهم: من علق بالوطء مانعا منه من حنث في يمين أو عتق أو طلاق و نحو ذلك.

و قال بعضهم: هو حلف الزوج على الامتناع من وطء الزوجة مطلقا أو مدة تزيد على أربعة أشهر (٥).

---

(١)رواه مسلم في البر و الصلة باب النهي عن تقنيط الإنسان من رحمة الله (٣٦/٨) برقم (٦٨٤٧).

(٢)لسان العرب (مادة ألى) (٤٠/١٤) المصباح المنير (١٢٠/١)

(٣)حاشية ابن عابدين (٤٢٢/٣) شرح فتح القدير (١٨٢/٣)

(٤)مواهب الجليل (٤١٢/٥) حاشية الدسوقي (٤٢٦/٢)

(٥)روضة الطالبين (٢٠٣/٦) مغني المحتاج (٣٤٤/٣) و التعريف الثاني للرافعي.

و عرفه الحنابلة بأنه حلف زوج يمكنه الجماع، بالله تعالى، أو وصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها، في قبل أبدا أو يطلق أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها[١].

فالإيلاء عند الحنفية و المالكية و الشافعية في الجديد و رواية عن الإمام أحمد[٢] يكون بالحلف بالله تعالى و يكون بالتعليق على قربان الزوجة أمرا فيه مشقة.

و أما المشهور من مذهب الحنابلة فإن الإيلاء لا يكون إلا بالحلف بالله تعالى كما هو في تعريفهم، و أما التعليق فليس بإيلاء لأن الإيلاء قسم و التعليق لا يسمى قسما شرعيا و لا لغة و لهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم و لا يجاب بجوابه و إنما يسمى حلفا تجوزا [٣].

---

(١)كشاف القناع (٤٣٣/١٢) شرح فتح الإرادات (٣٤٢/٤)

(٢)هو الإمام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني الوائلي، إمام المذهب الحنبلي، وأحد الأئمة الأربعة، أصله من مرو، ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ، ونشأ منكبا على طلب العلم، وسافر في سبيله أسفارا كثيرة، وفي عصره دعا المأمون والمعتصم الناس إلى القول بخلق القرآن، وسجنه المعتصم في ذلك ثمانية وعشرين شهرا، فصبر، وأكرم بعد ذلك من قبل المتوكل وقدمه عنده، برع في علوم الحديث والفقه والتفسير، توفي ببغداد سنة ٢٤١هـ، من مؤلفاته: المسند الذي يحتوي على ثلاثين ألف حديث، والزهد، وفضائل الصحابة.

ينظر: وفيات الأعيان (٦٣/١)، وسير أعلام النبلاء (١٧٧/١١).

(٣)المغني (٥/١١)

ثانيا : حكم الإيلاء

الإيلاء من الأحكام التي جاء الإسلام و أهل الجاهلية يفعلونه حيث كان الرجل إذا طلب من امرأته شيئا و أبت أن تعطيه حلف أن لا يقربها السنة و لا السنتين و لا الثلاث حتى جاء الإسلام وحرم الإيلاء ووضع له أحكاما و مدة لا يقر الزوج على أكثر منها.

و هو محرم؛ لأنه يمين على ترك واجب و الأصل فيه الكتاب و السنة.[1]

فمن الكتاب :

١. قال تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [2]

ومن السنة :

٢. ما روي عن سهل ابن أبي صالح [3] عن أبيه أنه قال: سألت اثني عشر نفسا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم عن المولي فقال: يتربص أربعة أشهر ثم ليفيء أو يطلق [4].

٣. ما روي عن ابن عمر قال: إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلق و لا يقع عليه الطلاق حتى يطلق)[5].

---

(١)ينظر :حاشية ابن عابدين (٤٢٢/٣) حاشية الدسوقي (٤٢٦/٢) روضة الطالبين (٢٠٣/٦) ، المغني (٥/١١).

(٢) سورة البقرة:٢٢٦

(٣)هو سهل بن أبي صالح السمان أبو يزيد المدني محدث ، حافظ روى عن أبيه ، وسعيد بن المسيب ، والحارث بن مخلد الأنصاري ، وسعيد بن يسار وغيرهم وعنه ربيعة ويحيى بن سعيد الأنصاري وموسى بن عقبة ومالك وابن أبي حازم وغيرهم قال ابن سعد : ثقة كثير الحديث، وقال أحمد : ما أصلح حديثه وذكر إسماعيل بن عياش : أنه أدرك سبعين صحابيا . ينظر تهذيب التهذيب ٤ / ٢٦٣ ، وشذرات الذهب ١ / ٢٠٨ ،وسير أعلام النبلاء ٥ / ٤٥٨

(٤)أخرجه الدارقطني (٤٥١) و البيهقي (٣٧٧/٧) قال الألباني في الإرواء إسناده صحيح على شرط مسلم(١٧٢/٧)

(٥)رواه البخاري في الطلاق باب قول الله تعالى:{للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر} (٢٦١/٢) برقم (٥٢٩١) و مالك في الموطأ (٥٥٦/٢)

ثالثا : تطليق القاضي على المولي إذا أبى الفيئة

إذا آلى الزوج من زوجته أربعة أشهر فأكثر فإنه إما أن يحنث في يمينه و المقصود به عدم الوفاء بموجب اليمين من الامتناع عن وطء زوجته، بأن يطئها فإنه فعل ما أمر به من الرجوع عن حلفه ولا تلزمه الكفارة.

و إما أن يفيء بالقول و لا يجامع زوجته حتى تنقضي مدة الإيلاء.

و إما أن يصر على ترك قربان زوجته، ففي هذه الحالة والتي قبلها يضرب له أربعة أشهر من حين حلف و لا يطالب بالفيئة إلا بعد مضي أربعة شهور، فإن لم تعفه زوجته و رفعت أمره إلى الحاكم فإنه يوقفه و يأمره بالفيئة فإن أبى :

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : فذهب الإمام مالك في قول [١]و أحمد في رواية[٢]و الشافعي في رواية[٣] إلى أنه يؤمر بالطلاق فإن لم يطلق طلق عليه الحاكم.

واستدلوا على ذلك بما يلي :

١. لقوله تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾[٤] فإذا امتنع من أداء الواجب فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان.

٢. و لأنه حق تعين مستحقه فتدخله النيابة كقضاء الدين .

---

(١)مواهب الجليل (٥/٤٩١).

(٢)الشرح الكبير (٢٣/٢١٥).

(٣)روضة الطالبين (٦/٢٢٩).

(٤) سورة البقرة:٢٢٩

القول الثاني : وهو رواية عن الإمام أحمد[١] و رواية عن الشافعي[٢] أنه ليس للحاكم التطليق عليه، وعللوا لقولهم بأن ما خير فيه الزوج بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم و تحته أكثر من أربع نسوة.

القول الثالث : وقال أبو حنيفة إذا أمضت الأربعة أشهر و لم يطأ زوجته و لم يفيء إليها فإنها تطلق بمضي المدة [٣]

وسبب الخلاف بينهم : اختلافهم في تفسير المقصود من قوله تعالى ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (٢٢٦) وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [٤]

فعند الحنفية أن الفاء في قوله ﴿فإن فاءوا﴾ للترتيب الذكري ، فيكون الفيء بعد الإيلاء خلال الأجل المضروب .

فيكون معنى الآية عندهم : فإن فاءوا في هذه الأشهر فإن الله غفور رحيم لما أقدموا عليه من الحلف على الإضرار بالزوجة ، وإن لم يفيئوا في هذه الأشهر كان ذلك عزما منهم على الطلاق ويقع الطلاق بحكم الشرع .

وعند الجمهور أن الفاء للترتيب الزماني فيكون الفيء بعد مضي الأجل المطلوب .

---

(١)المغني (٢١٦/٢٣) كشاف القناع (٤٦٣/١٢)

(٢)روضة الطالبين (٢٢٩/٦)

(٣) ينظر شرح فتح القدير (١٨٤/٣) المغني (٣١/١١) ، و هو رأي بعض الصحابة و التابعين كابن مسعود و ابن عباس و عكرمة و عطاء و الحسن و مسروق و النخعي و الأوزاعي فقد روي عنهم أنه يقع بعد مضي المدة طلقة بائنة، و روي عن عثمان و علي و زيد و ابن عمر و الزهري تقع تطليقة رجعية . ينظر المغني (٣١/١١).

(٤) سورة البقرة:٢٢٦

فيكون المعنى : للذين يحلفون يمين الإيلاء انتظار أربعة أشهر ، فإن فاءوا بعد مضي المدة ، فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق بعد انقضاء المدة فإن الله سميع لطلاقهم عليم بما يصدر عنهم [١].

والراجح ما ذهب إليه الجمهور ؛لأنه لو وقع الطلاق بانقضاء المدة لما كان هناك حاجة إلى العزم عليه بعد وقوعه .

---

(١)تفسير القرطبي (١٠٥/٣)، وتفسير البغوي (٢٦٥/١)

المبحث الثاني : تطليق القاضي وفسخه للنكاح إذا كان الفسخ مختلفا فيه كالعنة أو لغياب الزوج نيابة

من أنواع الفرق التي يشترط فيها حكم الحاكم عيوب النكاح كالعنة ونحوها وغيبة الزوج أو حبسه.

أولا: التفريق بسبب العنة:

تعريف العنة لغة: عن الشيء يعن ويعن عننا والعن المصدر والعنن الاسم وهو عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع، وسمي عنينا لأنه يعن ذكره لقبل المرأة عن يمينه وشماله.[١]

تعريف العنة اصطلاحا :

العجز عن الوطء في القبل لعدم انتشار الآلة.

وقيل: هو من لا يقدر على جماع فرج زوجته مع وجود الآلة لمانع منه ككبر سن أو سحر.[٢]

---

(١)لسان العرب مادة (عن)، القاموس المحيط (١٥٧٠)

(٢)ينظر حاشية ابن عابدين ٣/٤٩٤، تبيين الحقائق ٣/٢١، أسنى المطالب ٣/١٧٦

حكم تفريق القاضي بين الزوجين بسبب العنة :

اتفق الفقهاء من الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤] على جواز التفريق بين الزوجين بعيبين هما: الجب [٥] والعنة.

فإذا وجدت المرأة زوجها مجبوبا أو عنينا، يباح لها أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها ، واختلفوا فيما عدا ذلك من عيوب النكاح.

واستدلوا على التفريق بالجب والعنة بما يلي :

١. ما رواه ابن عباس قال طلق عبد يزيد - أبو ركانة وإخوته -[٦] أم ركانة ونكح امرأة من مزينة فجاءت النبيﷺ فقالت ما يغني عني إلا كما تغني هذه الشعرة. لشعرة أخذتها من رأسها ففرق بيني وبينه فأخذت النبيﷺ حمية فدعا بركانة وإخوته ثم قال لجلسائه « أترون فلانا يشبه منه كذا وكذا من عبد يزيد وفلانا يشبه منه - كذا وكذا ». قالوا نعم. قال النبيﷺ لعبد يزيد « طلقها ». ففعل ثم قال « راجع امرأتك أم ركانة وإخوته ». فقال إني طلقتها ثلاثا يا رسول الله. قال «

---

(١)المبسوط ٩٦/٥، فتح القدير ٢٩٩/٤

(٢)حاشية الدسوقي ٢٧٨/٢، التاج والإكليل ١٤٧/٥

(٣)مغني المحتاج ٣٤٠/٤، نهاية المحتاج ٣١١/٦

(٤)المغني ١٤١/٧.

(٥)الجب لغة : مصدر جبا ، يقال جبه أي قطعه ، وهو قطع الذكر كله أو بعضه بحيث لم يبق منه ما يطأ به. ينظر :القاموس المحيط(٨٢) والمصباح المنير(٨٩) وكشاف القناع (١٠٥/٥)

(٦)أبو ركانة عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف والد ركانة وعجيرا وعميرا وعبيدا بني عبد يزيد وأمهم العجلة بنت عجلان من بني سعد بن ليث بن بكر بن عبد مناة بن كنانة وعلى هذا فيكون في النسب أربعة أنفس في نسق من الصحابة الإصابة ٣٨٤/٤ .

قد علمت راجعها ». وتلا ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾[١].[٢]

٢. وقد أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على ثبوت الخيار بعيب العنة و لم يعرف لهم مخالف. [٣]

٣. وكما أن وجود العيب في البيع يثبت الخيار لفوات بعض المال فكذلك العنة يثبت بها الخيار في النكاح لفوات أحد مقاصد النكاح.[٤]

٤. ولأن عقد النكاح يراد منه الدوام والاستمرار وتحقيق مقاصده من استعفاف الزوجة بزوجها، وعيب العنة يخل بمقصود النكاح فيثبت للعاقد حق رفع العقد.[٥]

شروط التفريق بالعنة:

اشترط العلماء لحصول التفريق بالعنة شروطا وقيودا لا يتم التفريق إلا بوجودها:[٦]

١. أن لا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت العقد أو قبله، أما إن علمت وأقدمت على الزواج فلا يحق لها طلب التفريق عند أكثر الفقهاء لرضاها بالعيب.

---

(١)سورة الطلاق :١.

(٢)أخرجه أبو داود في الطلاق باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث برقم(٢١٩٨) ، والحاكم في أخركتاب التفسير برقم (٣٨١٧).

(٣)بدائع الصنائع (٣٢٦/٢) بداية المجتهد (٨٥/٢)، نهاية المحتاج (٣٠٤/٦)، المغني(١٤١/٧) وذلك مروي عن عمر و لم يخالفه أحدا من الصحابة.

(٤)المبسوط(٩٥/٥) نهاية المحتاج (٣٠٤/٦).

(٥)لمبسوط (١٠١/٥)، حاشية عميرة ٣(٢٦١/)، المغني(١٤١/٧)

(٦)المبسوط ١٠٠/٥، حاشية ابن عابدين ٤٩٨/٣، حاشية الدسوقي ٢٧٧/٢، نهاية المحتاج ٣١٤/٦، المغني ١٥٢/٧

٢. أن لا ترضى بالعيب بعد العقد، فإن رضيت به فلا خيار لها لأن الرضا مسقط لخيارها كمشتري المعيب.

٣. أن يكون التفريق بحكم القاضي؛ لأن التفريق بالعيب أمر مجتهد فيه ومختلف فيه بين الفقهاء فيحتاج إلى قضاء القاضي لرفع الخلاف.

ولأن الزوجين يختلفان في ادعاء وجود العيب وعدمه، وفي أنه يجوز التفريق به أو لا يجوز.

فإذا ثبت عند القاضي عنته أجله سنة لاحتمال أن تثبت قدرته على الجماع في أثناء السنة ومرور الفصول.

ثانيا: التفريق بسبب غيبة الزوج أو حبسه:

سبق تعريف الغيبة لغة في الباب الأول [١]

اصطلاحا: ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن معنى الوضع اللغوي بمعنى البعد وتستر الشيء عن العيون.

فعرفه بعض الفقهاء بأنه: من انقطع خبره.

وقيل من انقطع خبره وأمكن الكشف عنه فيخرج الأسير ونحوه كالمحبوس.[٢]

حكم التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج :

لا تخلوا غيبة الزوج عن زوجته من حالين:

١. أن تكون غيبة قصيرة غير منقطعة، بحيث يعرف خبره ويأتي كتابه فليس لامرأته حق أن تطلب التفريق إذا لم يتعذر الإنفاق عليها من مال الزوج وهذا باتفاق الفقهاء.[٣]

٢. أن تكون غيبته طويلة منقطعة لا يعرف فيها خبره، وقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق بين الزوجين في هذه الحالة :

القول الأول: ذهب الحنفية[٤]والشافعية في الجديد[٥] إلى عدم جواز التفريق بينهما حتى يتحقق موته أو يمضي من الزمان ما لا يعيش إلى مثله غالبا.

---

(١)ينظر ( )

(٢)روضة الطالبين ٣٧٧/٦، مواهب الجليل ٤٩٥/٥

(٣)حاشية ابن عابدين ٢٠٢/٣، مواهب الجليل ٤٩٥/٥، روضة الطالبين ٣٧٧/٦، المغني ٢٣٤/٧

(٤)بدائع الصنائع ٤٥١/٧

(٥) روضة الطالبين ٣٧٧/٦.

قال في روضة الطالبين: وإن انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته فقولان، الجديد الأظهر: أنه لا يجوز لها أن تنكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه.

القول الثاني: وذهب المالكية(١) والحنابلة(٢)، إلى جواز التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج، لأن الزوجة تتضرر من الغيبة ضررا بالغا والضرر يدفع بقدر الإمكان لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار "(٣)

وقد اشترط القائلون بجواز التفريق بين الزوجين عدة شروط:

١. أن تكون غيبته طويلة على خلاف بينهم في ذلك فذهب المالكية إلى أن الغيبة الطويلة سنة فأكثر سواء كانت بعذر أم بغير عذر وقيل ثلاث سنوات.

وذهب الحنابلة إلى أن الغيبة الطويلة تكون مدة ستة أشهر فأكثر وكانت بلا عذر أما إن كانت بعذر كالحج والتجارة ونحو ذلك فلا يفرق بينهما.(٤)

٢. أن يكتب القاضي إليه بالرجوع إليها أو نقلها إليه أو تطليقها ويمهله مدة مناسبة فإن أبدى عذرا لغيابه لم يفرق عليه عند الحنابلة وإلا طلق القاضي عليه.

---

(١) مواهب الجليل ٥/٤٩٥، حاشية الدسوقي ٢/٣٣٩

(٢) المغني ٧/٢٣٤

(٣) أخرجه الدارقطني في الأقضية (٤/ ٢٢٨)، حديث (٨٦)، والحاكم في البيوع: باب النهي عن المحاقلة (٢/ ٥٧٧)، والبيهقي في الصلح: باب لا ضرر ولا ضرار (٦/ ٦٩- ٧٠) قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي. قال الألباني في الإرواء روى من حديث عبادة بن الصامت ، وعبد الله بن عباس ، وأبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة ، وجابر بن عبد الله ، وعائشة بنت أبي بكر الصديق ، وثعلبة بن أبي مالك القرظي، وأبي لبابة رضي الله عنهم.وهو صحيح ينظر الإرواء (٣/٤٠٨)

(٤) مواهب الجليل ٥/٥٠٦، شرح منتهى الإرادات ٤/٤٠٠

والذي يترجح لدي هو جواز التفريق بينهما بعد ضرب المدة المناسبة لذلك ورجع تقديرها إلى القاضي لاختلاف الأحوال والأزمان فما يكون مناسبا في حال لا يناسب في حال آخر والله أعلم.

المبحث الثالث : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار

المطلب الأول : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالصداق

إذا أعسر الزوج بصداق زوجته بعد وجوبه وتقرره عليه ، وطالبته الزوجة به، ورفعته إلى القاضي فإنه والحال هذه لا يخلو من حالين:

الحالة الأولى: أن يكون إعساره بالصداق قبل الدخول وطالبته زوجته بالصداق وطلبت الفسخ فقد اختلف الفقهاء في ذلك :

القول الأول: ذهب الحنفية[١] وبعض الحنابلة[٢] وقول للشافعية[٣] إلى أنه لا فسخ لها ولا يحق لها المطالبة به، ويكون من حق المرأة أن تمتنع من تسليم نفسها له حتى يسلم صداقها إذا كان حالا.

القول الثاني: وذهب المالكية[٤] والأظهر عند الشافعية[٥] والمذهب عند الحنابلة[٦] إلى أن لها طلب الفسخ قبل الدخول أذا كان الصداق حالا على اختلاف فيما بينهم.

قال في المغني: [وإن أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول ، فلها الفسخ لأنه تعذر الوصول إلى عوض العقد قبل تسليم المعوض فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع][٧].

---

(١)حاشية بن عابدين (١٤٣/٣).

(٢)ينظر المغني (١٧١/١٠).

(٣)مغني المحتاج(٤٤٤/٣).

(٤)حاشية الدسوقي ٢٩٩/٢، مواهب الجليل (١٨١/٥).

(٥)تكملة المجموع شرح المهذب (٤٤/١٨).

(٦)المغني (١٧٢/١٠)

(٧)المرجع السابق

و أما المالكية فإنهم قالوا إذا طالبت الزوجة زوجها بمقدم المهر فادعى الإعسار و لم تصدقه و لم يقم بينة على صدقه وليس له مال ظاهر، فإن القاضي يؤجله لإثبات إعساره مدة يحددها القاضي ولابد أن يكون له كافل بالوجه خوفا من هروبه.

فإذا ثبت إعساره في أثناء هذه المدة بالبينة أعذرها القاضي بالبينة فإن كان لها فطعن وإلا حلف الزوج على تحقيق ما شهد له به من إعسار يمين استظهار ثم يمهل مرة أخرى فإن لم يأت بالمهر بعدها طلق عليه القاضي، أو أوقعته زوجته ثم يحكم بـه القاضـي، وللزوجة نصف الصداق يكون دينا في ذمته[١].

وكذا قال الشافعية: [و إذا أعسر الرجل بالمهر ففيه طريقان، من أصحابنا من قال إن كان قبل الدخول ثبت لها الخيار في فسخ النكاح لأنها معاوضة يلحقه الفسخ فجـاز فسخه بالإفلاس بالعوض كالبيع][٢].

الحالة الثانية: أن يكون إعساره بالصداق بعد الدخول بها، وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة أيضا:

القول الأول:ذهب الحنفية وبعض الشافعية و الحنابلة في المشهور والمالكية إلى أنـه لاحق لها بالفسخ بل لها المطالبة في المهر وهو كقولهم في الحالة االأولى[٣]واستدلوا بما يلي:

١- لأنه دين استقر في ذمة الزوج كغيره من الديون ومن المتفـق عليـه أن النكاح لا يفسخ بالإعسار بالنفقة الماضية ونحوها فكذلك الإعـسار بالصداق.

(١)حاشية الدسوقي ٢/٢٩٩، مواهب الجليل ٥/١٨١.

(٢)تكملة المجموع شرح المهذب ١٨/٤٤.

(٣)ينظر حاشية ابن عابدين ٣/١٤٣، المبسوط ٤/٣١٣، المغني ١٠/١٧١، تكملة المجموع ١٨/٤٤.

٢- أن قياس المهر على الثمن في المبيع غير صحيح لأن الثمن مقصود للبائع أصلا أما الصداق فليس مقصودا بالأساس بل هو فضلة ونحلة ، ولذلك قرر الفقهاء أن النكاح لا يفسد بفساده ولا بترك ذكره خلافا للثمن في المبيع.

٣- ولأن الأصل في الفرقة أن لا تكون إلا بيد الزوج، فلا تكون لغيره إلا بدليل والشريعة الإسلامية أناطت أمر التفريق بالزوج لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " إنما الطلاق ممن أخذ بالساق"[(١)] و لم يرد ما يخصص هذا العموم فكان البقاء على الأصل[(٢)]

القول الثاني: ذهب الحنابلة في وجه لهم[(٣)]، وهو قول للشافعية على الصحيح[(٤)] إلى أن للزوجة حق طلب الفسخ إذا أعسر الزوج بالصداق الحال بعد الدخول.

قال في المغني:[وإن أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها فإن قلنا لها منع نفسها بعد الدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول وإن قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين لها آخر][(٥)].

---

(١)أخرجه ابن ماجة(٦٧٢/١) الطلاق باب طلاق العبد(٢٠٨١) قال البوصيري في الزوائد هذا إسناد ضعيف لضعف ابن لهيعة اهـ ولكن لم ينفرد به ابن لهيعة فقد رواه البيهقي(٣٦٠/٧)في الخلع والطلاق باب طلاق العبد بغير إذن سيده عن الحاكم من طريق أبي الحجاج المهدي عن موسى بن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس به. ورواه الدار قطني ٣٧/٤-٣٨، في الطلاق (١٠٣) عن عصمة بن مالك"وإسناده ضعيف وحسنه الألباني ينظر تلخيص الحبير (٤٧٣/٣) وإرواء الغليل (١٠٨/٧)

(٢)فسخ الزواج لأحمد الحجي (٤٧٤) تفريق القاضي بين الزوجين (٦٧)

(٣)المغني (١٧٢/١٠)

(٤)تكملة المجموع شرح المهذب (٤٤/١٨)

(٥)المغني (١٧٢/١٠)

وقال في المهذب : [وإن كان بعد الدخول ففيه قولان: أحدهما: لا يثبت لها الفسخ لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء فلم تفسخ بالإفلاس كالبيع بعد هلاك السلعة.

والقول الثاني: يثبت لها الفسخ وهو الصحيح ؛ لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع إليه](١).

والذي يترجح لدي ما ذهب إليه الجمهور من الحنفية والصحيح عند الحنابلة والمالكية وهو قول للشافعية في أنه لا يحق للزوجة طلب الفسخ لا قبل الدخول ولا بعده ولكن لها المطالبة وأن تمنع من تسليم نفسها حتى يسلم الصداق

قال ابن المنذر(٢): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها.(٣)

وذلك لقوة أدلتهم وصحتها، ولأنه الأصل الذي جاءت به النصوص ولم يرد ما يخصصه، وأما قولهم: أن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع إليه، فهو مردود بأن البضع قد تلف بعد الدخول لأن المسمى يستقر بالوطء الأول كما يستقر الثمن بتسليم جميع المبيع ، وباقي الوطئات تبع للأولة.

وهذا القول يتسق مع قواعد الشريعة في درء المفاسد إذ أن الحياة الزوجية تستقيم مع الإعسار بالصداق وتقبل المرأة بذلك لأنه ثبت في ذمته، اللهم إن كان له إعساره قبل الدخول وأمهل مدة طويلة ولم يعطها شيئا فإن لها طلب الفسخ لدفع الضرر عنها كما هو قول المالكية.

---

(١)تكملة المجموع شرح المهذب (٤٤/١٨)

(٢) هو الحافظ الفقيه محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، من كبار الفقهاء المجتهدين، لم يكن يقلد أحدا، وعده الشيرازي في الشافعية، لقب بشيخ الحرم، أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء، وتوفي سنة ٣١٩هـ، من مؤلفاته : الأوسط في السنن، والإجماع والاختلاف، والإشراف على مذاهب أهل العلم.

ينظر: طبقات الشافعية الكبرى (١٠٢/٣)، ووفيات الأعيان (٢٠٧/٤).

(٣)المغني ١٧١/١٠ والإجماع (٧٨/١)

مسألة:

على القول بثبوت حق الفسخ للزوجة فإن الحق لها ولا يملكه غيرها من الأولياء أو الحاكم، بل لا يثبت إلا بطلبها لأنه حق لها ثبت لضررها كما أن لها إسقاطه أو تأجيله.

ولا يجوز الفسخ إلا بحكم القاضي لأنه فسخ مجتهد فيه وتختلف فيه الأنظار كالفسخ بالعيب [١].

---

(١)ينظر تكملة المجموع ٤٥/١٨، المغني ١٧٢/١٠، مواهب الجليل (١٨٣/٥)

المطلب الثاني : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة

أولا تعريف النفقة:

النفقة لغة: اسم من المصدر نفق يقال نفقت الدراهم نفقا أي نفـدت وهلكـت وتجمع على نفاق كثمرة ورقبة فيقال ثمار ورقاب وتجمع على نفقات.

يقال: نفق الشيء فني، وأنفقته أفنيته.

والنفقة في الأصل الدراهم ونحوها من الأموال [١][٢].

تعريف النفقة اصطلاحا:

عرفها الحنفية بأنها الإدرار على شيء بما فيه بقاؤه.

وهي هنا الطعام والكسوة والسكنى.[٣]

وعرفها المالكية بأنها : ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف [٤].

وعرفها الحنابلة بأنها : كفاية من يمونه خبزا وأدما ومسكنا وتوابعها . [٥]

---

(١)لسان العرب ٦٩٣/٣، القاموس المحيط ٢٩٦/٣

(٢)قال في حاشية ابن عابدين : النفقة مشتقة إما من النفوق وهو الهلاك كما يقال نفقت الدابة، أو من النفاق وهو الرواج كما يقال نفقت السلعة نفاقا أي راجت ونفقت المرأة أي كثر طلابها وخطابها ثم قال بعد ذلك وذكر الزمخشري أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفى. حاشية ابن عابدين ٥٧١/٣

(٣)حاشية ابن عابدين ٥٧٢/٣

(٤)حاشية الدسوقي ٢/ ٥٠٨

(٥)كشاف القناع ١١٣/١٣

ثانيا : حكم النفقة على الزوجة

نفقة الزوجة واجبة على الزوج بالكتاب والسنة والإجماع والدليل على ذلك :

فمن الكتاب :

١- قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[1]

فأوجب النفقة على الزوج الموسر والمعسر.

٢- قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾[2]

٣- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾[3] فأوجب على المولود له وهو الزوج نفقة وكسوة زوجته بالعرف والعادة.

٤- قوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[4] وفيه دليلان أحدهما (قوامون) والقوام على الغير هو المتكفل بأمره من نفقة وكسوة وغير ذلك والثاني :قوله (وبما أنفقوا) يعني عليهن من أموالهم .[5]

---

(١)سورة الطلاق:٦

(٢) سورة الطلاق: ٧

(٣) سورة البقرة:٢٣٣

(٤) سورة النساء:٣٤

(٥)تفسير الطبري (٦٩٠/٦)

ومن السنة :

٥- ما رواه جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب في الناس فقال: "اتقوا الله في النساء ، فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف .."[١] .

٦- ما روي أن هند[٢] جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان[٣] رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" [٤] .

---

(١)رواه مسلم في في الحج باب حجة النبى (٣٩/٤) برقم (٣٠٠٩) وأبو داود باب صفة حجة النبي برقم (١٩٠٧) والترمذي باب حق المرأة على زوجها برقم (١١٦٣) وقال حديث حسن صحيح.

(٢)هي أم معاوية هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشية العبشمية ، أخبارها قبل الإسلام مشهورة، أسلمت عام الفتح بعد زوجها أبي سفيان، قيل أنها توفيت في خلافة عمر بعد أبي بكر بقليل، وجزم ابن سعد أنها ماتت في خلافة عثمان رضي الله عنهم. ينظر الإصابة ٢٠٥/٨، طبقات بن سعد ٢٣٥/٨

(٣)صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف أبو سفيان القرشي الأموي، مشهور باسمه وكنيته وكان يكنى أيضا أبا حنظلة أسلم يوم فتح مكة وشهد حنينا، وأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم من غنائمها مائة بعير وأربعين أوقية كما أعطى سائر المؤلفة قلوبه وأعطى ابنيه: يزيد ومعاوية روى عنه عبد الله بن عباس

وتوفي أبو سفيان المدينة سنة ثلاثين. وقيل: سنة إحدى وثلاثين الواقدي وهو ابن ثمان وثمانين سنة. وقال المدايني: توفي أبو سفيان بن سنة أربع وثلاثين وصلى عليه عثمان بن عفان.

ينظر : الاستيعاب ٢١٥/١ ، الإصابة ٤١٢/٣ .

(٤)أخرجه البخاري في في البيوع وفي النفقات باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف (٨٥/٧) برقم (٥٣٦٤) ومسلم في الأقضية باب قضية هند(١٢٩/٥) برقم (٤٥٧٤) .

٧- ما رواه أبو هريرة[1] قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، عندي دينار فما أصنع به؟ قال: "أنفقه على نفسك" . قال: عندي آخر، فما أصنع به؟ قال: "أنفقه على أهلك" . قال: عندي آخر، قال: "أنفقه على ولدك" . قال: عندي آخر، فما أصنع به؟ قال: "أنفقه على خادمك" . قال: عندي آخر، فما أصنع به قال: "أنت أعلم"[2] وقد جمع هذا الخبر جهات النفقات كلها فإنها تستحق بالقرابة والزوجية والملك .

٨- وأجمع العلماء على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن [3].

---

(١) هو الصحابي الجليل عبد الرحمن بن صخر الدوسي، اختلف في اسمه واسم أبيه كثيرا، والصحيح ما سبق كما رجحه النووي، كان أكثر الصحابة رواية للحديث، وكان إسلامه بين الحديبية وخيبر، فقدم المدينة مهاجرا، وكان من أهل الصفة، توفي سنة ٥٧هـ على الصحيح. ينظر: تهذيب الكمال للمزي (٣٣٦/٣٤)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (٥٧٨/٢)، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٢٩/١٣).

(٢)أخرجة أبو داود في الزكاة، باب في صلة الرحم (٣٢٠/٢) برقم (١٦٩١) والنسائي في الزكاة (٦٢/٥) والبخاري في الأدب المفرد في الخدم والمماليك باب نفقة الرجل على عبده وخادمه صدقة (١٩٧) والشافعي في سننه(٦٣/٢) برقم(٢٠٩) وأحمد(٢/ ٢٥١) وابن حبان(٨٢٨)، والحاكم (١/ ٤١٥) وصححه الحاكم وقال على شرط مسلم ووافقه الذهبي وحسنه الألباني في تعليقه على الأدب المفرد (٧٨/١).

(٣)ينظر المغني ٣٤٨/١١، شرح الزركشي ٥٠٥/٣ ، مغني المحتاج ٥٤٢/٣ المبسوط ٢/٦.

ثالثا : حكم التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة:

ذهب جمهور العلماء إلى أن الزوج إذا كان حاضرا موسرا وله مال ظاهرا فإن للزوجة أن تستوفي حقها منه وليس لها حق طلب التفريق.

كما ذهبوا إلى أنه إذا أعسر الزوج بالنفقة ورضيت بالمقام معه فلها أن تبقى معه.

واختلفوا فيما لو أعسر الزوج و لم ترض زوجته بالبقاء معه ، هل لها الحق في طلب التفريق بينها وبينه على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[١] وبعض الشافعية[٢] وقول للحنابلة[٣] إلى أن الزوجة ليس لها طلب فسخ النكاح بسبب امتناع الزوج عن الإنفاق عليها وإعساره وقالوا بأنها تستدين على ذمته ويجب عليه أن يدعها تكتسب ويرفع يده عنها.

قال في الدر المختار (٤) : [ولا يفرق بينهما بعجزه عنها أي النفقة بأنواعها الثلاثة ولا بعدم إيفاءه حقها ولو موسرا]

وقال في مغني المحتاج (٥) : [فصل: أعسر بها فإن صبرت صارت دينا عليه وإلا فلها الفسخ على الأظهر وقطع بها الأكثرون والثاني: المنع وهو قول أبي حنيفة والمزني]

وقال في شرح الزركشي (٦) : [نقل ابن منصور ما يدل على أنها لا تملك الفسخ بالإعسار ما لم يوجد معها غرور]

---

(١)ينظر حاشية ابن عابدين ٣/٥٩٠

(٢)مغني المحتاج ٣/٥٦٣

(٣)شرح الزركشي ٣/٥٠٨، الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٤/٣٦٤

(٤)ينظر حاشية ابن عابدين ٣/٥٩٠

(٥)مغني المحتاج ٣/٥٦٣

(٦)شرح الزركشي ٣/٥٠٨،

واستدلوا بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا﴾(١)

فالآية تشمل الزوج المعسر بالنفقة كما تشمل الزوج الذي يستطيع بعض النفقة دون البعض الآخر.

٢- ولأن الإنفاق من المعسر تكليف فوق استطاعته فلا يجب عليه وبهذا لا يكون الإعسار سببا في الفرقة لعدم ذكر الفرقة بسبب الإنفاق في الآية.

٣- قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖ﴾(٢)

فالله سبحانه أمر بإمهال المعسر و إنظاره إلى أن يتحقق يساره والزوج كغيره من الغرماء داخل في معنى هذه الآية.

٤- ما رواه مسلم في صحيحه عن جابر رضي الله عنه قال: دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فوجد الناس جلوسا ببابه لم يؤذن لأحد منهم - قال - فأذن لأبي بكر فدخل ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له فوجد النبي -صلى الله عليه وسلم- جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا - قال - فقال لأقولن شيئا أضحك النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها ، فضحك رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وقال "هن حولي كما ترى يسألنني النفقة". فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول تسألن

---

(١) سورة الطلاق:٧

(٢) سورة البقرة:٢٨٠

رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ما ليس عنده. فقلن والله لا نسأل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- شيئا أبدا ليس عنده .[١]

فدل الحديث على أنه ليس للمرأة أن تسأل زوجها ما ليس عنده، والطلاق من باب أولى.

ولو كانت النفقة واجبة على المعسر لما ضرب أبو بكر وعمر رضي الله عنها ابنتيهما ولأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما.

٥- لم ينقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أي حديث أو أثر يدل على أنه طلق أو خير امرأة لإعسار زوجها أو امتناعه عن النفقة، مع أن أكثر الصحابة كانوا فقراء معسرين، ولو كان حق الفسخ ثابتا للزوجة لروي لنا ذلك ولكن لم يرو شيء.

٦-ولأن الزوجة إذا نشزت أو عجزت عن التمكين من نفسها لم يثبت الفقهاء خيار التفريق، فكذلك الزوجة إذا امتنع زوجها عن الإنفاق عليها لا يكون لها خيار الفرقة قياسا على الأولى بجامع أن في كل ذلك إضرار بالزوج الآخر ومنعه من حقه.[٢]

القول الثاني: وذهب المالكية[٣] والأظهر عند الشافعية[٤] والمذهب عند الحنابلة[٥] إلى أن للزوجة طلب الفسخ والتفريق بينها وبين زوجها بسبب إعسار زوجها وامتناعه عن النفقة، فلها الخيار إن شاءت بقيت على الزوجية واستدانت عليه وإن شاءت رفعت أمرها إلى القاضي لطلب الفسخ والفرقة.

---

(١)رواه مسلم في الطلاق باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية (١١٠٤/٢) برقم(١٤٧٨).

(٢)حاشية ابن عابدين ٥٩١/٣، فتح القدير ٣٣١/٣، المبسوط ٢١/٦، فسخ الزواج (٤٥٣)، تفريق القاضي بين الزوجين (٣٣)، موسوعة الفقه الإسلامي ٣٠٥/١٦

(٣)مواهب الجليل (٥٦١/٥)، وينظر حاشية الدسوقي (٥١٧/٢)

(٤)مغني المحتاج (٥٦٣/٣)

(٥)ينظر المغني (٣٦١/١١)، والمقنع مع الشرح الكبير (٣٦٣/٢٤)

قال في مختصر خليل: [ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة، لا إن علمت فقره أو أنه من السؤال إلا أن يتركه أو يشتهر بالعطاء وينقطع فيأمره الحاكم إن لم يثبت عسره بالنفقة والكسوة أو الطلاق][1].

وقال في مغني المحتاج: (وإن أعسر بها فإن صبرت صارت دينا عليه وإلا فلها الفسخ على الأظهر)[2].

وقال في المغني: [وجملته أن الرجل إذا منع امرأته النفقة، لعسرته وعدم ما ينفقه، فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه وبين فراقه] [3]

وقال في المقنع: [وإن أعسر الزوج بنفقتها أو ببعضها، أو بالكسوة خيرت بين فسخ النكاح والمقام وتكون النفقة دينا في ذمته، وعنه ما يدل على أنها لا تملك الفسخ بالإعسار والمذهب الأول][4] واستدلوا على ذلك بما يلي:

من الكتاب :

١- قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[5]

فأمر الله سبحانه بإمساك الزوجة بالمعروف أو التسريح بإحسان وعدم إنفاق الزوج عليها تفويت للإمساك بالمعروف فتعين الثاني وهو التسريح بإحسان.

ومن السنة :

٢- ولما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى[1].

---

(١)مواهب الجليل (٥٦١/٥)

(٢)مغني المحتاج (٥٦٣/٣).

(٣)ينظر المغني ٣٦١/١١،

(٤)ينظر المغني ٣٦١/١١، والمقنع مع الشرح الكبير ٣٦٣/٢٤، وقال بعد ذلك وروي نحو ذلك عن عمر وعلي وأبو هريرة و به قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحماد ومالك والشافعي ويحي القطان وأبو ثور.

(٥) سورة البقرة:٢٢٩

٣- ما روي عن سعيد بن المسيب[٢] أنه سئل في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، أيفرق بينهما؟ قال: نعم. قلت: سنة ؟ قال: سنة.[٣]

٤- ولأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل، لأنه فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه، فلأن يثبت العجز عن النفقة التي لا يقوم بدونها البدن من باب أولى.[٤]

٥- ولأن في منع الزوجة من الفرقة وإجبارها على البقاء مع من عجز عن نفقتها إضرار بها وقد أمكن إزالته بالفسخ فوجب.

والذي ترجح لدي بعد عرض الأقوال والأدلة في هذه المسألة أنه لا حق للمرأة في طلب الفسخ بإعسار زوجها بل تطالبه أمام القاضي بالنفقة فيفرضها لها، وهو مذهب الحنفية وقول للشافعية والحنابلة لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض الصحيح.

وأما ما استدل به الجمهور من الأدلة فهو مناقش بما يأتي:

أما استدلالهم بقوله تعالى: ﴿ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ﴾

فإن هذا القول ينطبق على الموسر الممتنع عن النفقة أما المعسر فلا يعد خارجا عن حد المعروف، وإلا للزم أن يكون الصحابة المعسرين الذين لم يفارقوا زوجاتهم ظالمين لزوجاتهم وغير متمسكين بالمعروف .

---

(١)أخرجه الشافعي في مسنده في الطلاق ٦٥/٢، وعبد الرزاق في مصنفه في الطلاق باب الرجل يغيب عن امرأته ٩٣/٧، والبيهقي في السنن الكبرى ٤٦٩/٧.

(٢)هو التابعي العلم أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ المخزومي القرشي، عالم أهل المدينة وأحد فقهائها السبعة، وسيد التابعين في زمانه، برز في العلم والعمل، كان عزيز النفس صداعا في الحق، كان أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب وأقضيته ، توفي بالمدينة سنة ٩٤هـ. ينظر: تهذيب الكمال (٦٦/١١) وسير أعلام النبلاء (٢١٧/٤)، والأعلام (١٠٢/٣).

(٣)أخرجه الشافعي ٦٥/٢، وابن أبي شيبة في مصنفه ٢١٣/٥، والبيهقي ٤٦٩/٧.

(٤)المغني ٣٦٢/١١.

ثم إن استدلالهم مدفوع بقوله :﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ .
ثم إن الآية أمرت بالتسريح بالإحسان وكيف يحسن من لم يجد نفقة زوجته الواجبة.

أما ما روي عن عمر فقد نوقش بأن هذا في الأزواج الموسرين الممتنعين عن الإنفاق لأن المعسر لا يخير بين الإنفاق والطلاق لأنه لا مال له.

و لم يثبت أن الزوجات طالبن بالفسخ إذ أنه حقهن باتفاق العلماء.[١]

وأما ما روي عن سعيد فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ ثبت أنه يطلق لفظ السنة وهو لم يرد ذلك.[٢]

وأما قياس النفقة على الجب والعنة والعجز عن الوطء فإنه قياس مع الفارق لأن الوطء والجماع حكم أصلي في النكاح وفقده يفوت مقصد من مقاصد النكاح وهو التوالد.

أما النفقة فهي في حكم التابع ولا تفوت بل تتأخر وتبقى دينا في ذمته، أما الجب والعنة فإنه لا يمكن تداركهما.

وأما قولهم أن إمساك المرأة مع عدم الإنفاق ضرر يمكن فسخه فوجب ففيه ضعف إذ أن الفسخ ليس هو الطريق والسبيل الوحيد لإزالة الضرر بل يمكن ذلك من طرق عدة منها أمرها بالاستدانة عليه أو سجنه حتى ينفق أو غير ذلك، وما دام أن الفسخ لم يتعين طريقا لدفع الضرر عنها لم يكن واجبا لها.[٣]

قال ابن القيم [٤]: [والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة أن الرجل إذا غر المرأة بأنه ذو مال، فتزوجته على ذلك، فظهر معدما لا شيء له، أو كان

(١)المبسوط ١٩١/٥

(٢)فتح القدير ٣٢١/٣.

(٣)فسخ النكاح (٤٥٨)

(٤)هو أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الأصل ثم الدمشقي، الحنبلي، الشهير بابن قيم الجوزية، أخص تلامذة شيخ الإسلام ابن تيمية، كان صاحب علم وعبادة، صنف كتبا كثيرة في الفقه

ذا مال، وترك الإنفاق على امرأته، و لم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها، ولا بالحاكم أن لها الفسخ، وإن تزوجته عالمة بعسرته، أو كان موسرا، ثم أصابته جائحة اجتاحت ماله، فلا فسخ لها في ذلك، و لم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار، و لم ترفعهم أزواجهم إلى الحكام ليفرقوا بينهم وبينهن، وبالله التوفيق][1]

ولأن من المعاني السامية التي شرعت في النكاح ، التضامن والمحبة بين الزوجين ، وليس من الحب في شيء أن تبقى الزوجة مع زوجها ما دام موسرا فإذا ضاقت يده طالبته بالفسخ والفراق .

والحديث والتفسير والسير والأخلاق، ولد سنة ٦٩١هـ، وتوفي سنة ٧٥١هـ، وهو ابن ستين سنة، من مؤلفاته: مدارج السالكين، وزاد المعاد في هدي خير العباد، وبدائع الفوائد، وأحكام أهل الذمة.

ينظر: الأعلام (٥٦/٦)، وابن القيم حياته وآثاره لبكر أبو زيد.

(١) زاد المعاد (٥٢١/٥) .

المبحث الرابع : تفريق القاضي بين المتلاعنين نيابة إذا أبى الزوج الطلاق

أولا: تعريف اللعان:

لغة: مصدر لاعن من اللعن و هو الطرد والإبعاد. و مفرده لعن ويجمع على لعنات و لعان.

و التلاعن: هو ملاعنة الرجل امرأته يقال تلاعنا و التعنا. أي قـذفها بـالفجور و لاعن القاضي بينهما أي حكم.

و سمي بذلك، لأن أحدهما لا ينفك عن أن يكون كاذبا فتحصل اللعنة عليه [١].

تعريف اللعان اصطلاحا: شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين، مقرونة باللعن و الغضب قائمة مقام حد قذف أو تغرير في جانبه و حد زنى في جانبها [٢].

و قال الشافعي: اللعان أيمان بلفظ الشهادة مقرونة باللعن و الغضب قائمة مقـام حد القذف في جانب الزوج، وفي جانبها مقام حد الزنا [٣].

---

(١) المصباح المنير مادة (لعن) ، لسان العرب مادة (لعن) ، القاموس المحيط (١٥٨٨) .

(٢)كشاف القناع (٥١٥/١٢)

(٣)بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦٨/٨)

ثانيا: مشروعية اللعان وحكمه :

الأصل في اللعان الكتاب و السنة والإجماع.

من الكتاب :

١. قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٦﴾ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٨﴾ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٩﴾ ﴾(١)

قال ابن كثير (٢): [هذه الآية الكريمة فيها فرج للأزواج وزيادة مخرج، إذا قذف أحدهم زوجته وتعسر عليه إقامة البينة، أن يلاعنها، كما أمر الله عز وجل وهو أن يحضرها إلى الإمام، فيدعي عليها بما رماها به، فيحلفه الحاكم أربع شهادات بالله في مقابلة أربعة شهداء ﴿ إنه لمن الصادقين ﴾ أي: فيما رماها به من الزنى ﴿ والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ﴾ فإذا قال ذلك، بانت منه بنفس هذا اللعان عند الشافعي وطائفة كثيرة من العلماء، وحرمت عليه أبدا، ويعطيها مهرها.

---

(١) سورة النور: ٦ – ٩

(٢)ابن كثير : عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن علي بن محمود بن محمد بن عمر بن شاهنشاه ولد عام ٧٠١ هـ مفسر ، محدث ، فقيه ، حافظ ، قال العيني: كان قدوة العلماء والحفاظ ، عمدة أهل المعاني والألفاظ ، وسمع وجمع وصنف ودرس وألف . وكان له اطلاع عظيم في الحديث والتفسير والتاريخ ، واشتهر بالضبط والتحرير ، وانتهت إليه رياسة العلم في التاريخ والحديث والتفسير . من تصانيفه : البداية والنهاية ، تفسير القرآن العظيم ،الاجتهاد في طلب الجهاد و الباعث الحثيث إلى معرفة علوم الحديث ، جامع المسانيد " جمع فيه أحاديث الكتب الستة والمسانيد الأربعة ينظر : شذرات الذهب ٦ / ٢٣١ ، والبداية والنهاية ١٢ / ١٢٥ ، معجم المفسرين ٩٢/١ .

ويتوجه عليها حد الزنى، ولا يدرأ عنها العذاب إلا أن تلاعـن، فتـشهد أربـع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، أي: فيما رماها به، ﴿ والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾ ولهذا قال: ﴿ويدرأ عنها العذاب ﴾ (١)

٢. حديث سهل بن سعد الساعدي(٢) أن عويمرا العجلاني(٣) جاء إلى عاصـم بـن عدي الأنصاري(٤) فقال له يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتلـه فتقتلونه أم كيف يفعل سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لـك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها قال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول

---

(١) تفسير ابن كثير (١٤/٦) .

(٢)هو أبو العباس سهل بن سعد بن سعد الأنصاري الخزرجي الساعدي، من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، عمر طويلا، وكان آخر من مات بالمدينة من الصحابة سنة ٩١ وقيل ٨٨ هـ. ينظر ترجمته في سير أعلام النبلاء ٤٢٢/٣، والبداية والنهاية ٨٣/٩.

(٣)عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري ، صاحب اللعان قال الطبري: عويمر بن الحارث بن زيد بن حارثة بن الجد العجلاني، هو الذي رمى زوجته بشريك بن سحماء فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وذلك في شعبان سنة تسع من الهجرة وكان قدم تبوك فوجدها حبلى ، وعاش ذلك المولود سنتين ثم مات وعاشت أمه بعده يسيرا. الاستيعاب ٣٨٠/١ ، الإصابة ٧٤٦/٤

(٤)عاصم بن عدي بن الجد العجلاني ثم البلوي يكنى أبا عبد الله وقيل أبا عمر شهد بدرا وأحدا والخندق والمشاهد كلها ، وقيل: لم يشهد بدرا بنفسه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد استخلفه حين خرج إلى بدر على قباء وأهل العالية وضرب له بسهمه فكان كمن شهدها وهو صاحب عويمر العجلاني الذي قال له: سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث اللعان ، توفي سنة ٤٥هـ وقد بلغ قريبا من عشرين ومائة سنة . ينظر :الاستيعاب ٢٣٦/١ ،الإصابة ٥٧٢/٣

الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم. (١)

٣. ما روي عن ابن عباس أن هلال بن أمية(٢) قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحماء (٣) فقال النبي صلى الله عليه وسلم البينة ، أو حد في ظهرك فقال يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول البينة وإلا حد في ظهرك فقال هلال والذي بعثك بالحق إني لصادق فليترلن الله ما يبرئ ظهري من الحد فترل جبريل وأنزل عليه ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ فقرأ حتى بلغ ﴿إن كان من الصادقين﴾ فانصرف النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل إليها فجاء هلال فشهد والنبي صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا إنها موجبة قال ابن عباس فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت فقال النبي صلى الله عليه وسلم أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين

---

(١) رواه البخاري في الطلاق ، باب من أجاز طلاق الثلاث برقم (٥٢٥٩).

(٢)هلال بن أمية بن عامر بن قيس بن عبد الأعلم بن عامر بن كعب بن واقف الأنصاري الواقفي شهد بدرا وما بعدها وهو أحد الثلاثة الذي تخلفوا عن غزوة تبوك وهو الذي قذف امرأته بشريك ابن السحماء.
الاصابة ٥٤٦/٦ ، الاستيعاب ٤٨٨/١

(٣)شريك بن سحماء بفتح السين وسكون الحاء المهملتين وهي أمه واسم أبيه عبدة بن مغيث بن الجد بن العجلان البلوي حليف الأنصار ورد أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان شريك أخا البراء بن مالك لأمه يقال إن شريك بن سحماء بعثه أبو بكر الصديق رسولا إلى خالد بن الوليد وهو باليمامة ويقال إنه شهد مع أبيه أحدا وكان شريك أحد الأمراء بالشام في خلافة أبي بكر وبعثه عمر رسولا إلى عمرو بن العاص حين أذن له أن يتوجه إلى فتح مصر الاصابة ٣٤٤/٣

سابغ الأليتين خدلج الساقين[1]فهو لشريك بن سحماء فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن(٢)

٤. وقد أجمع العلماء على مشروعية اللعان ، قال في نيل الأوطار : وأجمعوا على أن اللعان مشروع وعلى أنه لا يجوز مع عدم التحقق(٣) .

---

(١) قوله أكحل العينين أي : الذي يعلو جفون عينه سواد مثل الكحل من غير اكتحال. وقوله سابغ الإليتين أي: تامهما وعظيمهما من سبوغ الثوب والنعمة وقيل شديد السواد من كثرة الشعر ، وقوله خدلج الساقين: بفتحتين وتشديد اللام بعدها جيم أي ممتلئ الساقين عظيمها ينظر :فتح الباري (١٢٩/١) النهاية في غريب الأثر (٨٤٣/٢) تحفة الأحوذي (١٤/٨)

(٢) رواه البخاري في التفسير باب ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين﴾ برقم (٤٧٤٧) وأبو داود في الطلاق باب اللعان (٢٢٥٦) .

(٣) نيل الأوطار (٤٧/٧)

ثالثا: تفريق القاضي بين المتلاعنين

بعد أن يتم اللعان بين الزوجين بالشروط التي ذكرها العلماء، و بالصفة التي بينها الله سبحانه و تعالى في سورة النور فإنه يترتب عليه أمور عدة.

منها الفرقة بين الزوجين فرقة أبدية.

و قد اختلف العلماء في وقوع الفرقة هل تقع بمجرد اللعان، أم بعد حكم القاضي؟

و من ثمرات الخلاف في ذلك أن الزوجية تكون قائمة و تترتب آثارها لو مات الزوج أو الزوجة فإن التوارث يكون بينهما قبل وقوع الفرقة، و كذا لو طلقها الزوج فإنه يلحقها الطلاق و مادامت في عصمته، كما يحل له الوطء إن أكذب نفسه من غير تجديد العقد.

القول الأول: ذهب الحنفية(١) و الإمام أحمد في إحدى الروايتين(٢) إلى أن الفرقة لا تقع بمجرد اللعان، بل لابد من حكم الحاكم بعد اللعان لتقع الفرقة.

و استدلوا بما يلي:-

١. مارواه سهل بن سعد في قصة العجلاني: (مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا) (٣)

و وجه الدلالة أن التفريق يكون بأمر الحاكم، أو من ينوب عنه و ليس بمجرد اللعان حيث قال (يفرق).

٢. ما ورد أن عويمرا العجلاني قال بعد ملاعنته: كذبت عليها إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم(٤) و أنه وقع طلاقه، و لو كانت الفرقة قبل ذلك لما وقع طلاقه و أقره الرسول على ذلك.

---

(١)حاشية بن عابدين (٣/٤٨٨) شرح فتح القدير (٣/٢٥٣)

(٢)كشاف القناع (١٢/٥٤١) المغني (١١/١٤٤) الشرح الكبير (٢٣/٤٣٥) .

(٣) رواه أبو داود في باب اللعان (٢٢٥٢) وصححه الألباني .

(٤) رواه البخاري في الطلاق ، باب من أجاز طلاق الثلاث برقم (٥٢٥٩).

٣. ما ورد عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا: (ففرق رسول الله صلى الله عليه و سلم بينهما) [١] مما يدل على أن الفرقة لم تحصل قبل ذلك.

٤. و لأن سبب هذه الفرقة يتوقف على الحاكم، فالفرقة المتعلقة به لا تقع إلا بحكمه قياسا على الفرقة باللعنة و نحوها.

القول الثاني: ذهب المالكية[٢]و رواية للإمام أحمد و هي المذهب[٣]و بعض الحنفية[٤]إلى أن الفرقة تقع بمجرد انتهاء اللعان و لا حاجة لتفريق الحاكم.

و استدلوا بما يلي :

١. ما رواه ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال للمتلاعنين: (حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها، قال: يا رسول الله مالي؟ قال: لا مال لك ، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها و إن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك)[٥].

فقوله صلى الله عليه و سلم: لا سبيل لك عليها دليل على أن الفرقة وقعت بمجرد الإنتهاء من اللعان.

٢. ما رواه سهل بن سعد أنه قال فمضت السنة بين المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا.

---

(١)أثر ابن عباس رواه أبو داود في باب اللعان برقم (٢٢٥٨) واحمد في مسنده (٢١٣١) وأثر ابن عمر أخرجه مسلم في باب اللعان برقم (٣٨٢٥)

(٢)بداية المجتهد (٢/٢١٠) مواهب الجليل (٥/٤٥٥) حاشية الدسوقي (٢/٤٦٥)

(٣)كشاف القناع (١٢/٥٤١) المغني (١١/١٤٤)

(٤)شرح فتح القدير (٣/٢٥٣)

(٥) رواه البخاري في الطلاق باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب فهل منكما تائب برقم (٥٣١٢) ورقم (٥٣٥٠) ومسلم في اللعان برقم (٣٨٢١)

و وجه الدلالة أنه وردت روايات أخرى تفسر هذه الرواية كقوله (ذلك التفريق بين كل متلاعنين)[(١)] و يقصد بالتفريق إظهار الحكم و بيانه لا إنشائه، و لأنه لو قلنا لا بد من تفريق الحاكم فيعني أنهما قد اجتمعا فترة بعد اللعان.

٣. و لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد، فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع.

٤. و لأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه كالتفريق للعيب و الإعسار و ذلك لايجوز سواء رضيا أم لا.

القول الثالث:

ذهب الشافعية إلى أن الفرقة تقع بمجرد انتهاء الزوج من لعانه حتى لو لم تلتعن الزوجة[(٢)].

و استدلوا بما يلي:

١. قوله تعالى﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَـٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَـٰذِبِينَ ﴾[(٣)]

فدلت الآية أنه لا تأثير للعان الزوجة إلا دفع العذاب و الحد عن نفسها و أما مايجب باللعان من أحكام كنفي الولد فقد وقع بلعان الزوج .

٢. و لأنها فرقة حاصلة بالقول و متجردة من العوض فلا تنفرد به المرأة فوجب أن يقع بقول الزوج وحده كالطلاق.

و الذي يترجح و الله أعلم القول بالفرقة بين الزوجين بعد إتمام اللعان و أنها لا تتوقف على حكم الحاكم لأن الروايات التي جاءت بالتفريق إنما هي لبيان الحكم و إظهار الفرقة لما ورد عند مسلم في الروايات السابقة، و أما طلاقه إياها فإن النبي لم يأمره بذلك، و لو قلنا بأنه طلقها فإنها تحل له بعد أن تنكح غيره و هذا غير صحيح.

---

(١)رواه مسلم في الطلاق باب اللعان (١٤٩٢/٣) برقم (٣٨١٨).

(٢)مغني المحتاج(٣٨٠/٣) روضة الطالبين (٣٣٠/٦).

(٣) سورة النور:٨

و أما قول الشافعي فإن الشرع إنما جاء بالتفريق بعد لعانهما فالقول بوقوع الفرقة قبل تمام اللعان تحكم يخالف مدلول السنة، و فعل النبي صلى الله عليه و سلم.

المبحث الخامس : تطليق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع والكفارة أو الطلاق.

أولا : تعريف الظهار :

الظهار لغة: بكسر الظاء المعجمة مأخوذ من الظهر و الظهر من كل شيء خلاف البطن، و الظهر من الإنسان من لدن مؤخر الكاهل إلى أدنى العجز.

قال ابن فارس: الظاء و الهاء و الراء أصل صحيح واحد يدل على قوة و بروز والأصل فيه كله ظهر الإنسان و هو يجمع البروز و القوة .

و الظهار: قول الرجل لامرأته : أنت علي كظهر أمي و هي كلمة كانوا يقولونها يريدون بها الفراق، و إنما اختصوا الظهر لمكان الركوب (١)

تعريف الظهار اصطلاحا:

عرفه الحنفية بأنه: تشبيه المسلم زوجته أو جزء شائع منها بمحرم عليه تأبيدا فلا ظهار من ذمي، و لا من أمة (٢).

و عرفه المالكية: بأنه تشبيه المسلم المكلف من تحل له أو جزأها بظهر محرم أو جزءه.

فيصح الظهار من الزوجة و من الأمة (٣).

و عرفه الشافعية بأنه: تشبيه الزوجه غير البائن بأنثى لم تكن حلا له (٤)

و عرفه الحنابلة بأن يشبه امرأته أو عضو منها، بظهر من تحرم عليه على التأبيد أو بها أو بعضو منها (٥).

---

(١)لسان العرب (٥٢٠/٤) معجم مقاييس اللغة (٤٧١/٣) مادة ظهر. المصباح المنير (٤٩١/٥)

(٢)حاشية ابن عابدين (٤٦٦/٣)

(٣)مواهب الجليل (٤٢٣/٥)

(٤) مغني المحتاج (٣٥٢/٣) روضة الطالبين (٢٣٥/٦)

(٥)كشاف القناع (٤٦٩/١٢) الشرح الكبير (٢٢٨/٢٣)

ثانيا : حكم الظهار

الظهار محرم بالنص من الكتاب والسنة وبالإجماع .

فمن الكتاب :

١. قال تعالى : ﴿ ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ ۖ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔى وَلَدْنَهُمْ ۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ﴿٢﴾ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٣﴾ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ۚ ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا۟ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۗ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾[١]

فبين فيها الظهار والكفارة وأنه محرم وأنه كذب وزور ، ومنكر من القول ، وبين أحكامه .

ومن السنة :

٢. ما روي عن سلمة بن صخر[٢] قال : كنت امرأ أصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئا يتابع بي حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذ تكشف لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقلت امشوا معي إلى رسول الله –صلى الله عليه وسلم–. قالوا لا

---

(١) سورة المجادلة: ٢ – ٤

(٢)سلمه بن صخر بن سلمان بن الصمة بن الحارث الخزرجي كان يقال له البياضي لأنه كان حالفهم ويقال اسمه سلمان وسلمة أصح وهو الذي ظاهر من امرأته ثم وقع عليها فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفر وكان أحد البكائين ، وليس لسلمة بن صخر عقب.ينظر : الاستيعاب ١٩٣/١ ، الإصابة ١٥٠/٣ ، معجم الصحابة ١١٧/٣ .

والله. فانطلقت إلى النبي –صلى الله عليه وسلم– فأخبرته فقال « أنت بذاك يا سلمة ». قلت أنا بذاك يا رسول الله مرتين وأنا صابر لأمر الله فاحكم فى ما أراك الله قال « حرر رقبة ». قلت والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضربت صفحة رقبتي قال « فصم شهرين متتابعين ». قال وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام قال « فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا ». قلت والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام قال « فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها ». فرجعت إلى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند النبي –صلى الله عليه وسلم– السعة وحسن الرأي وقد أمرني – أو أمر لي – بصدقتكم[1].

٣. عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة[2] قالت ظاهر منى زوجي أوس بن الصامت[3] فجئت رسول الله –صلى الله عليه وسلم– أشكو إليه ورسول الله –صلى الله عليه وسلم– يجادلني فيه ويقول « اتقى الله فإنه ابن عمك ». فما برحت حتى نزل القرآن (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها) إلى الفرض فقال « يعتق

(١)أخرجه أبو داود في الطلاق، باب الظهار (٢/٢٣٣) برقم (٢٢١٣) ، والترمذي (٢/٣٣٤) في الطلاق: باب ما جاء في المظاهر بواقع قبل أن يكفر ، وأحمد (٥/٤٣٦) والحاكم (٢/٢٠٣) وقال صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي وله شواهد عن أبي سلمة ، ومحمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ، وقال الألباني وبالجملة فالحديث بطرقه وشاهده صحيح ينظر الإرواء (٧/١٧٨) و تلخيص الحبير (٣/٤٧٧) .

(٢)خولة بنت ثعلبة ويقال خويلة، وخولة أكثر وقيل خولة بنت حكيم وقيل خولة بنت مالك بن ثعلبة بن أصرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف كانت تحت أوس بن الصامت أخي عبادة بن الصامت فظاهر منها وفيها نزل صدر سورة المجادلة في الظهار وقيل إن التي نزلت فيها هذه الآية جميلة امرأة أوس بن الصامت ، وعاشت إلى أيام عمر . الاستيعاب ٩١/٢ ، الإصابة ٦١٨/٧ .

(٣)أوس بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم ابن سالم بن عوف بن الخزرج الأنصاري وهو أخو عبادة بن الصامت شهد بدرا وأحدا وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الذي ظاهر من امرأته فوطئها قبل أن يكفر فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفر بخمسة عشر صاعا من شعير على ستين مسكينا.وكان أول من ظاهر في الإسلام ، مات في أيام عثمان وله خمس وثمانون سنة وقال غيره مات سنة أربع وثلاثين بالرملة وهو بن اثنتين وسبعين سنة ينظر :الاستيعاب ٣٧/١ ، الإصابة ١٥٦/١.

رقبة ». قالت لا يجد قال « فيصوم شهرين متتابعين ». قالت يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام. قال « فليطعم ستين مسكينا ». قالت ما عنده من شيء يتصدق به قالت فأتى ساعتئذ بعرق من تمر قلت يا رسول الله فإني أعينه بعرق آخر. قال « قد أحسنت اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك » [١].

---

(١)رواه أبو داود في الطلاق باب في الظهار برقم (٢٢١٦) (٢/٢٣٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٥٠١٦) وابن الجارود رقم (٧٤٦) وابن حبان (١٣٣٤) وله شاهد عند ابن ماجه والحاكم من طريق عروة عن عائشة قالت :"تبارك الذي وسع سمعه كل شيء ..." الحديث ، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي ، وصححه الألباني في الإرواء (٧/١٧٥) .

ثالثا : أثر الظهار و حكم تطليق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع و الكفارة أو الطلاق

إذا تحقق الظهار و توافرت شروطه التي بينها أهل العلم فإنه يترتب عليه عدة أحكام، فيحرم على الزوج وطء الزوجة المظاهر منها، بلا خلاف بين أهل العلم

لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمۡ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٞ ٣ ﴾[١]

و لما روي ابن عباس رضي الله عنهما: (أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه و سلم فقال: إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر، فقال: ما حملك على ذلك يرحمك الله؟، فقال: رأيت خلخالها في ضوء القمر. فقال : لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به)[٢] و في حرمة دواعي الوطء خلاف بين العلماء [٣].

كما أن للزوجة الحق في المطالبة بالوطء، و يجب عليها أن تمنع الزوج من الوطء حتى يكفر، فإن امتنع كان لها أن ترفعه إلى القاضي و على القاضي أن يأمره بالتكفير و الوطء، فإن امتنع أجبره بما يملك من وسائل التأديب حتى يكفر أو يطلق و بذلك قال الحنفية [٤].

---

(١) سورة المجادلة:٣

(٢)أخرجه أبو داود في الطلاق باب الظهار برقم(٢٢٢٣) و النسائي في الطلاق باب الظهار(١٠٣/٢) و الترمذي في الطلاق باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر (٢٥٥/١) و ابن الجارود (٧٤٧) و البيهقي (٣٨٦/٧) و قال الترمذي حديث حسن غريب صحيح وحسن إسناده ابن حجر في الفتح، و فيه الحكم بن أبان و فيه ضعف من قبل حفظه و الحديث بشواهده و طرقه صحيح ينظر الإرواء (١٧٩/٧)

(٣)ينظر روضة الطالبين(٢٤٤/٦) حاشية الدسوقي(٤٣٩/٢)مواهب الجليل(٤٤٠/٥) كشاف القناع (٤٨٠/١٢) المغني (٦٦/١١) الموسوعة الفقهية (٢٠٤/٢٩)

(٤)ينظر شرح فتح القدير (٢٢٥/٣) و حاشية ابن عابدين (٤٦٩/٣)

و كذا قال المالكية إذا عجز المظاهر عن الكفارة كان لزوجته أن تطلب من القاضي الطلاق لتضررها من ترك الوطء، و على القاضي أن يأمر الزوج بالطلاق، فإن امتنـــع طلق القاضي عليه في الحال.

و أما إن كان المظاهر قادرا على الكفارة و امتنع عن التكفير فللزوجة طلب الطلاق فإن طلبت الطلاق من القاضي لا يطلقها إلا إذا أمضت أربعة أشهر كما في الإيلاء فإن مضت أربعة أشهر أمر القاضي الزوج بالطلاق أو التكفير فإن امتنع طلق القاضي و كان الطلاق رجعيا.

و أصل المسألة هي هل يدخل الإيلاء على الظهار إذا كان مضارا؟

فذهب أبو حنيفة و الشافعي و أحمد إلى عدم تداخل الحكمان لأن حكم الظهـــار خلاف حكم الإيلاء.

و أما مالك فقال بدخول الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارا [١].

---

(١)ينظر حاشية الدسوقي (٤٣٣/٢)، روضة الطالبين (٢٤٤/٦) بداية المجتهد (١٨٩/٢)

المبحث السادس : تفريق القاضي بين الزوجين لعدم الكفاءة

المطلب الأول : تعريف الكفاءة ، وحكم اشتراطها

أولا : تعريف الكفاءة

لغة: من الكفء و هو النظير و المساوي و المثل و المصدر الكفاءة بفتح الكاف و المد و الجمع أكفاء.

و منه قوله تعالى: ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُۥ كُفُوًا أَحَدٌۢ ﴾ [١]

و هو أيضا المماثل و القوي القادر على تصريف العمل، و الكفاءة المماثلة في القوة و الشرف كما في النكاح.

قال ابن فارس: الكاف و الفاء و الهمزة أصلان يدل أحدهما على التساوي في الشيئين، و يدل الآخر على الميل و الإمالة و الإعوجاج.

فالأول كقولك كافأت فلانا، أي قابلته بمثل صنيعه.

و من الآخر قولهم أكفأت الشيء إذا أملته. و يقال أكفأت القوس [٢].

---

(١) سورة الإخلاص:٤

(٢)لسان العرب ١٣٩/١، المعجم الوسيط ٧٩١/٢، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٨٨/٥

تعريف الكفاءة اصطلاحا:

اختلف تعريف الفقهاء للكفاءة بحسب موطن بحثها في القصاص أو النكاح.

ففي النكاح عرفها فقهاء الحنفية بأنها مساواة مخصوصة بين الرجل و المرأة[١].

و عرفها المالكية: بأنها المماثلة و المقاربة في الدين و الحال أي السلامة من العيوب[٢]

و عرفها الشافعية: بأنها أمر يوجب عدمه عارا[٣].

و عرفها الحنابلة بأنها المساواة و المماثلة في خمسة أشياء و هي الدين و النسب و الحرية و الصنعة و اليسار [٤].

---

(١)حاشية ابن عابدين (٨٤/٣)

(٢)التاج و الإكليل (٤٦٠/٣) ، حاشية الدسوقي (٢٢٦/٢)

(٣)مغني المحتاج (١٦٥/٣)، السراج الوهاج (٣٦٩/١)

(٤)كشاف القناع (٣٠٧/١١).

ثانيا :حكم اشتراط الكفاءة في النكاح

اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة في النكاح وهل هي شرط لزوم أو شرط صحة وفيما يلي بيان ذلك :

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من الحنفية في ظاهر الرواية(١) والمعتمد عند المالكية(٢) والشافعية(٣) والمذهب عند الحنابلة(٤) إلى أن الكفاءة شرط للزوم النكاح لا لصحته أي أنه حق للآدمي على اختلاف من له الحق هل هو للمرأة وللأولياء أو لبعضهم .

واستدلوا بمايلي :

١- أنه صلى الله عليه وسلم زوج بناته مع أنه لا يكافئه أحد في نسبه.

٢- ولأنه صلى الله عليه وسلم أمر فاطمة بنت قيس(٥) أن تنكح أسامة بن زيد(٦) مولاه فنكحها بأمره (٧).

---

(١)حاشية ابن عابدين (٣/٨٤)

(٢)التاج و الإكليل (٣/٤٦٠)، حاشية الدسوقي (٢/٢٢٦)

(٣)مغني المحتاج (٣/١٦٦)

(٤)المغني (٩/٣٨٧) ، الشرح الكبير (٢٠/٢٥٣)

(٥)فاطمة بنت يس بن خالد القرشية الفهرية أخت الضحاك بن قيس أمير الكوفة من المهاجرات الأول وكانت ذات جمال وعقل كانت تحت أبي عمرو بن حفص بن المغيرة المخزومي، فطلقها، فخطبها معاوية بن أبي سفيان، وأبو جهم، فنصحها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأشار عليها بأسامة بن زيد، فتزوجت به وخبرها في الصحيح وهي التي روت قصة الجساسة بطولها فانفردت بها وفي بيتها اجتمع أهل الشورى لما قتل عمر ، توفيت في خلافة معاوية. ينظر: الإصابة (٨/٦٩) ، سير أعلام النبلاء (٢/٣١٩)

(٦)هو أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل، صحابي جليل ولد بمكة ونشأ على الإسلام وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحبه حبا جما، وينظر إليه نظره إلى سبطية : الحسن والحسين . قال ابن سعد : مات النبي صلى الله عليه وسلم وله عشرون سنة، وكان أمره على جيش عظيم فمات النبي صلى الله عليه وسلم قبل أن يتوجه فأنفذه أبو بكر . وكان عمر رضي الله عنه يجله ويكرمه وقد روى عن أسامة من الصحابة أبو هريرة وابن عباس، ومن كبار التابعين أبو عثمان النهدي وأبو وائل وآخرون . وفضائله كثيرة وأحاديثه شهيرة توفي عام ٥٤ هـ

الإصابة ١ / ٣١، وأسد الغابة ١ / ٦٤، والأعلام ١ / ٢٨١ .

(٧)رواه مسلم في الطلاق باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها برقم (١٤٨٠)

٣- ولما روي أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة[١] تبنى سالما[٢] وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة[٣] [٤].

فمجموع هذه الآثار يدل على صحة النكاح ولو لم تكن هناك مكافأة بين الرجل والمرأة، مما يدل على أن الكفاءة حق للمرأة والأولياء إذ أن انتظام المصالح يكون عادة بين المتكافئين، والشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس وتعير بذلك، ولأن النكاح وضع لتأسيس القرابات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا ولا يكون ذلك إلا بالموافقة.

---

(١)أبو حذيفة قيل اسمه مهشم وقيل هشيم وقيل هاشم وقيل قيس ابن شيخ الجاهلية عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب القرشي العبشمي البدري ، أحد السابقين إلى الإسلام وهاجر إلى الحبشة مرتين، وصلى إلى القبلتين، وشهد بدرا وأحدا والخندق والحديبية والمشاهد كلها وعن أبي الزناد أن أبا حذيفة بن عتبة دعا يوم بدر أباه إلى البراز، وكان أبو حذيفة طويلا، حسن الوجه، مرادف الأسنان ، استشهد أبو حذيفة، رضي الله عنه، يوم اليمامة وهو ابن ثلاث أو أربع أو ست وخمسين سنة. سنة اثنتي عشرة سير أعلام النبلاء ١/١٦٤ ، الاستيعاب ٢/١٩ ، الإصابة ٧/٨٧

(٢)سالم بن معقل مولى أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف يكنى أبا عبد الله وكان من أهل فارس من إصطخر وقيل: من كرمد وكان من فضلاء الموالي ومن خيار الصحابة وكبارهم وهو معدود في المهاجرين لأنه لما أعتقته مولاته زوج أبي حذيفة تولاه أبا حذيفة وتبناه وهو معدود أيضا في الأنصار لعتق مولاته الأنصارية ثبيتة بنت يعار الأنصارية زوج أبي حذيفة له و يعد في القراء أيضا وكان يؤم المهاجرين بقباء فيهم عمر بن الخطاب قبل أن يقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة ، وقد روى عن عمر أنه قال: لو كان سالم حيا ما جعلتها شورى ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " خذوا القرآن من أربعة: من أبي بن كعب ومعاذ بن جبل وسالم مولى أبي حذيفة وابن مسعود " شهد سالم مولى أبي حذيفة بدرا وقتل يوم اليمامة شهيدا هو ومولاه أبو حذيفة فوجد رأس أحدهما عند رجلي الآخر وذلك سنة اثنتي عشر من الهجرة.

الاستيعاب ١/١٦٩ ، الإصابة ٣/١٤ ، سير أعلام النبلاء ١/١٦٧

(٣)هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس يقال تزوجها سالم مولى عمها أبي حذيفة وذلك أن أبا حذيفة تبني سالما وأنكحه ابنة أخيه هند بنت الوليد بن عتبة الإصابة ٨/١٥٨

(٤)رواه البخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين ٣/٤١٧.

٤- ولأن العقد وقع مستكملا كل شروطه وأركانه ، ولكن فيه مساسا بحقوق الولي أو الزوجة ، فيلزم اعتباره صحيحا غير لازم في حق من لم يرض به من الولي أو الزوجة دفعا للضرر عنه فكان كخيار العيب [١].

القول الثاني: ذهب الحنابلة في رواية عن الإمام أحمد وبعض المالكية والحنفية إلى أن الكفاءة شرط صحة في النكاح فإذا عدمت بطل النكاح وفرق بينهم.

قال في المغني: اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروى عنه أنها شرط له قال: إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما ، وقال في الرجل يشرب الشراب ماهو بكفء لها يفرق بينهما. وقال لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما [٢].

وقال في الدرر المختار: [أما على رواية الحسن المختارة للفتوى من أنه لا يصح فالمعنى معتبرة في الصحة] [٣]. واستدلوا بما يلي :

١- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا يزوج النساء إلا الأولياء ولايزوجوهن إلا الأكفاء)[٤]

وهذا نهي والنهي يقتضي الفساد في المنهي عنه إلا لقرينة صارفة عنه ولا قرينة هنا .

٢- ما روي عن عمر أنه قال: (لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء)[٥]

---

(١) ينظر كتاب فسخ الزواج لأحمد الحجي الكردي (٣٨٣) .

(٢)المغني ٣٨٧/٩.

(٣)حاشية ابن عابدين ٨٤/٣.

(٤)روا ه البيهقي في سننه (١٣٣/٧) برقم (١٣٥٣٩)

(٥)أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٥٢/٦ ، و البيهقي ١٣٣/٧ ، وضعفه الألباني في الإرواء ٢٦٥/٦.

٣- وما روي أن سلمان الفارسي[١] قال : (إنكم معشر العرب لا نتقدمكم في صلاتكم ولا ننكح نساءكم إن الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم)[٢].

٤- ولأن التزويج مع فقد الكفاءة ، تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير إذنه.

والذي يترجح لي والله أعلم أن الكفاءة معتبرة في الجملة وقت العقد فهي حق للمرأة والأولياء .

لما روت عائشة ، أن فتاة ، دخلت عليها ، فقالت : إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته ، وأنا كارهة ، قالت : اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها ، فقالت : يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ، ولكني أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيء [٣]

---

(١) سلمان بن الإسلام ، وسلمان الخير ،صحابي جليل أبو عبد الله ولا يعرف اسم أبيه بفارس أصله من رامهرمز وقيل من أصبهان كان أبوه ذا رئاسة وخرج هو يطلب الهدى فلازم بعض علماء النصارى ثم خرج إلى يثرب بإشارة بعضهم فأسر واسترق وقدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة فأسلم وجاهد معه وكان ذا رأي وهو الذي أشار بحفر الخندق . ثم شاهد المشاهد وبعض الفتوح . ولي إمرة المدائن حتى توفي ٣٦ هـ.

الإصابة ٢ / ٦٠ ، والاستيعاب ٢ / ٦٣٤ ، والأعلام ٣ / ١٦٩ ، وأسد الغابة ٢ / ٣٢٨ .

(٢)رواه البيهقي في السنة الكبرى ١٣٤/٧، وفيه أبو إسحاق السبيعي وفيه تدليس.

(٣)روا ه النسائي في سننه في النكاح باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة (٧١/٦) ، وابن ماجه (٦٠٢/١) وأحمد (١٣٦/٦) برقم (٢٥٠٤٣) قال البيهقي هذا مرسل، ابن بريدة، لم يسمع من عائشة، وإن صح، فإنما جعل الأمر إليها لوضعها في غير كفء . وقال ابن الجوزي: وجمهور الأحاديث في ذلك محمول على أنه زوج من غير كفء ينظر نصب الراية (١٩٢/٣) .

ولأن العقد مع انعدام الكفاءة مستكمل الشروط والأركان ولا يمكن جعل الكفاءة شرط صحة فيه لأنه يقع صحيحا فيما لو أسقط الولي أو الزوجة حقهما في الكفـــاءة ، ولا تأثير لذلك الإسقاط في صحته لو كانت الكفاءة شرط صحة .

ولأن المعنى في اعتبار الكفاءة هو رفع العار والدنية عن أولياء الزوجة أو عنها هـــي وذلك يندفع باعتبار النكاح غير لازم في حقهم مع صحته فلا حاجة إلى الحكم بفساده

وأما ما روي عن عمر فإنه ضعيف وكذا ما روي عن سلمان، وهي آثار في مقابل نصوص نبوية ووقائع وقعت في عهده صلى الله عليه وسلم.

المطلب الثاني : حكم تفريق القاضي بين الزوجين لعدم الكفاءة .

إذا تخلفت الكفاءة بأحد الخصال التي ذكرها العلماء على اختلاف مذاهبهم فإن من يراها شرط صحة للنكاح فإنه العقد يكون باطلا وفاسدا وليس لأحد إجازته، والفسخ فيه ثابت لحق الشرع وعلى الزوجين أن يفترقا من أنفسهما لحرمة الاتصال، وعلى القاضي أن يفرق بينهما.

قال الإمام أحمد: إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما. (١)

وكذا روي عن الحنفية أن المرأة إذا تزوجت بغير كفء لم يجز ولا يصح العقد أصلا.

قال السرخسي : وهو أحوط فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي ولا كل قاض يعدل فكان الأحوط سد هذا الباب.

وكذا قال المالكية من الطلاق الذي يوقعه الحاكم بغير إذن المرأة وإن كرهت إيقاعه نكاحها الفاسق سواء كان فاسقا بالجوارح أو بالاعتقاد.

وأما من قال بأن الكفاءة شرط لزوم للعقد فإن العقد مع فوات الكفاءة وعدم موافقة الولي أو الزوجة صحيح غير لازم.

ولكل من لم يوافق عليه من الولي أو الزوجة حق طلب فسخه ولا يتم فسخه إلا بقضاء القاضي، لأنه فصل مجتهد فيه وقد اختلف الفقهاء فيه.

ثم إن الكفاءة صفات متباينة تختلف فيها أنظار الناس وأغراضهم وما كان هذا شأنه من الفرق لابد لوقوعه من قضاء القاضي. (٢)

ولما ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم خير الفتاة التي قالت إن أباها زوجها يدفع بها خسيسة ابن أخيه فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم فدل على أن الكفاءة شرط لزوم للنكاح وإلا لما خيرها الرسول صلى الله عليه وسلم.

---

(١)المغني (٣٨٧/٩)

(٢)فسخ الزواج (٤٠٠)

المبحث السابع : فسخ نكاح البنت البالغة إذا زوجها أبوها بغير إذنها وطلبت الفسخ .

هذه المسألة لها ارتباط بمسألة الإجبار في النكاح وقد سبق بيان مذاهب العلماء في من تثبت عليها ولاية الإجبار فإذا زوج الأب أو غيره من الأولياء البنت البالغة فلا تخلو:

١. إما أن تكون ثيبا فليس له إجبارها ولها أن تطلب الفسخ في قول عامة أهل العلم.[١]

أ – لما روى البخاري عن خنساء بنت خدام أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه.[٢]

ب _ ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز إجبارها عليه.[٣]

٢. وإما أن تكون بكرا وقد اختلف الفقهاء في فسخ نكاحها بناء على اختلافهم في حكم إجبارها:

القول الأول: ذهب الحنفية[٤]ورواية للحنابلة[٥]، إلى عدم إجبار البكر البالغة على النكاح فإذا أجبرت كان لها طلب الفسخ.

واستدلوا بما يلي:

---

(١)الشرح الكبير (١٢٢/٢٠).

(٢)رواه البخاري في النكاح باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود (٢٣/٧) فتح برقم (٤٨٤٥)

(٣)المغني (٤٠٦/٩).

(٤)بدائع الصنائع ٢٤١/٢ حاشية ابن عابدين ٣٠٤/٢

(٥)الشرح الكبير ١٢١/٢٠، المغني ٣٩٩/٩

فمن السنة :

١. ما رواه ابن عباس أن جارية بكرا أتت النبي -صلى الله عليه وسلم- فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم[١].

٢. ما رواه أبو هريرة:" لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن فقالوا يا رسول الله فكيف إذنها ؟ قال :" أن تسكت "[٢]

وهذه الأحاديث صريحة في اعتبار إذن البكر وفي فسخ النكاح إذا طلبته .

ومن المعقول :

٣. ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل.

القول الثاني: وذهب المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والمذهب عند الحنابلة [٥]إلى جواز إجبار البكر البالغة على النكاح، فيكون النكاح حينئذ ثابت وإن كرهت.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

من السنة :

١. ما رواه ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها صماتها"[٦]

---

(١)رواه أبو داود في النكاح باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها (٢/١٩٥).برقم (٢٠٩٨) وابن ماجه في النكاح باب من زوج ابنته وهي كارهة (٣/٧٤) برقم (١٨٧٥) والإمام أحمد في المسند (٢٤٦٩)، وأخرجه الدار قطني في سننه ٣/٢٣٤، ٢٣٥، كتاب النكاح، رقم ٥٦، والبيهقي في السنن الكبرى ٧/١١٧، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي.وأعل بالإرسال قال في نصب الراية: (وقد رواه أبو داود عن محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة مرسلا، وقد رواه ابن ماجه من حديث زيد بن حبان عن أيوب موصولا) ، وصححه ابن القطان

(٢)أخرجه البخاري،في النكاح باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما،(١٠/٢٤٠) حديث (٥١٣٦) ومسلم في النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت،(٥/٢١٨، ٢١٩) حديث (١٤١٩) .

(٣)حاشية الدسوقي ٢/٢٤٤، بداية المجتهد ٢/١٢.

(٤)المجموع ١٧/٢٦١، روضة الطالبين ٥/٤٠١.

(٥)المغني٩/٣٩٩، الشرح الكبير ٢٠/١٢٠.

(٦)سبق تخريجه :ص

ووجه الدلالة: فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما، دل على نفيه عن الآخر، وهو البكر فيكون وليها أحق منها بها، ودل الحديث على أن الاستئمار ههنا مستحب غير واجب، كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أمروا النساء في بناتهن"[١] ، وباتفاق العلماء أن الأم يستحب استئذانها ولا يجب.

ومن المعقول :

٢. ولأن ما لا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق.

والراجح والله أعلم ما ذهب إليه الحنفية ورواية للحنابلة من عدم إجبار البكر البالغة ، وجواز فسخ نكاحها لقوة أدلتهم .

وأما استدلال الجمهور بقوله " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها صماتها" .

فيجاب عليه بأن استدلالهم من الحديث بالمفهوم، و هو يخالف منطوق حديث أبي هريرة رضي الله عنه المتقدم" لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن..."، وإذا تعارض المفهوم والمنطوق قدم المنطوق.

كما أن التقسيم المذكور في الحديث لفائدتين، غير الفائدة التي ذكرتم، وهما ١- التأكيد على أن البكر يؤخذ إذنها ٢- كيفية إذن البكر.

وأما قولهم بأن ما لا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق.

فيجاب عليه بأن الشرع فرق بين الصغيرة والكبيرة، ثم إنه قياس مع الفارق.

---

(١)رواه أبو داود في النكاح باب في الإستئمار (١٩٥/٢) برقم (٢٠٩٧) وأحمد في مسنده (٥٠٥/٨) برقم (٤٩٠٥) وضعفه الألباني ينظر السلسلة الضعيفة (٤٨٨/٣) .

الباب الثالث : تصرفات القاضي النيابية على المال

الفصل الأول

التصرف في مال المحجور عليهم لفلس أو سفه أو جنون أو صغر ونحوه .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : التعريف بالحجر والفلس والسفه والجنون .

المبحث الثاني : حكم تصرف القاضي في أموالهم وأمد الحجر .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم تصرف القاضي في حفظ أموالهم والمطالبة به .

المطلب الثاني : حكم تصرف القاضي في تنمية أموالهم والاتجار بها .

المبحث الأول : التعريف بالحجر والفلس والسفه والجنون .

سبق التعريف بالصغر والجنون والسفه في الباب الأول [١]

وأما تعريف الحجر لغة واصطلاحا:

لغة: المنع والتضييق يقال حجر عليه حجرا منعه من التصرف فهو محجور عليه ومنه سمي الحرام حجرا قال تعالى:﴿ يَوْمَ يَرَوْنَ ٱلْمَلَـٰٓئِكَةَ لَا بُشْرَىٰ يَوْمَئِذٍ لِّلْمُجْرِمِينَ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا ﴾[٢] أي حراما محرما.

وسمي العقل حجرا قال تعالى:﴿ هَلْ فِى ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِى حِجْرٍ ﴾[٣] أي عقل لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح من المفاسد.

والحجر على الأيتام إذا منعوا.[٤]

اصطلاحا:

عرف الحنفية الحجر بأنه منع من نفاذ تصرف قولي أي لزومه.

وعرفه بعضهم: منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص. [٥]

وأما المالكية: فعرفوا الحجر بأنه صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، أو تبرعه بما زاد على ثلث ماله.

---

(١)ص

(٢)سورة الفرقان:٢٢

(٣)سورة الفجر:٥

(٤)لسان العرب ٤/١٦٥ مادة حجر، القاموس المحيط (٤٧٥)

(٥)حاشية ابن عابدين ٦/١٤٣

فشمل الحجر على الصبي والمجنون والسفيه والمفلس ونحوهم ودخل بالقيد الثاني الحجر على المريض والزوجة فلا يمنعان من التصرف بالبيع والشراء بل يمنعان من التبرع بما زاد على الثلث.(١)

وعرفه الشافعية: بأنه المنع من التصرفات المالية.(٢)

وبمثل ذلك عرفه الحنابلة فقالوا : هو منع الإنسان من التصرف في ماله.(٣)

ويلاحظ على تعريف الشافعية والحنابلة قصره على التصرفات المالية سواء كان المنع من الشرع كالصغير والمجنون والسفيه أم من الحاكم.

---

(١)حاشية الدسوقي ٣/٢٩٢، حاشية الصاوي٣/٣٨١

(٢)مغني المحتاج ٢/١٦٥، المهذب ١/٣٢٨

(٣)كشاف القناع ٨/٤٢٣، المغني ٦/٥٩٣

المبحث الثاني : حكم تصرف القاضي في أموالهم وأمد الحجر

سبق وأن بينت حكم الحجر على الصغير والمجنون والسفيه وأنه محجور عليهم لحظ أنفسهم، وأن الولاية تثبت عليهم لحفظ أنفسهم وأموالهم من الضياع.

والولاية عليهم تكون أولا للأب إن كان موجودا باتفاق الفقهاء لكمال شفقته ورعايته لولده.[١]

واختلفوا فيمن يكون بعد الأب في الولاية على مال المحجور عليهم فذهب الحنفية إلى أن الولي هو الأب، ثم وصيه بعد موته ثم وصي وصيه ثم جده لأبيه ثم وصي الجد ثم وصي وصيه ثم القاضي أو وصي القاضي.[٢] وماعدا هؤلاء فليس لهم الإشراف على مال المحجور عليهم.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن ولي المحجور عليهم بعد الأب وصيه ثم وصي وصيه ثم بعد ذلك للحاكم ولا ولاية للجد ولا للأخ إلا بإيصاء الأب.[٣]

وعند الشافعية فإن الولاية تكون للأب ثم للجد ثم وصي المتأخر منهما ثم للقاضي أو نائبه.[٤]

فثبت بذلك أن للقاضي الولاية على أموال المحجور عليهم باتفاق الفقهاء وإن اختلفوا في ترتيب ولايته.

---

(١)حاشية ابن عابدين ١٤٥/٦، بدائع الصنائع ١٥٥/٥، حاشية الدسوقي ٢٩٩/٣، مغني المحتاج ١٧٣/٢، كشاف القناع ٣٨٣/٨

(٢)تبيين الحقائق ٢٢٠/٥، وحاشية ابن عابدين ١٤٥/٦.

(٣)حاشية الدسوقي ٣٠٠/٣، الشرح الصغير ٣٨٩/٣، كشاف القناع ٣٨٣/٨

(٤)مغني المحتاج ١٧٣/٢

كما اتفقوا على أن ولي المحجور عليه يتصرف في ماله بحسب المصلحة والاحتياط وعدم الضرر لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾[١]

ولقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ﴾[٢]

ولما ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : "لا ضرر ولا ضرار"[٣]

ويتبين ذلك في المطلبين التاليين:

---

(١) سورة الأنعام:١٥٢

(٢) سورة البقرة:٢٢٠

(٣)أخرجه الدارقطني في الأقضية (٤/ ٢٢٨)، حديث (٨٦)، والحاكم في البيوع: باب النهي عن المحاقلة (٢/ ٥٧٧)، والبيهقي في الصلح: باب لا ضرر ولا ضرار (٦/ ٦٩- ٧٠) قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي. قال الألباني في الإرواء روى من حديث عبادة بن الصامت ، وعبد الله بن عباس ، وأبي سعيد الخدرى ، وأبي هريرة ، وجابر بن عبد الله ، وعائشة بنت أبي بكر الصديق ، وثعلبة بن أبي مالك القرظى ، وأبي لبابة رضي الله عنهم.وهو صحيح ينظر الإرواء (٣/ ٤٠٨)

المطلب الأول: حكم تصرف القاضي في حفظ أموالهم والمطالبة بها.

نص الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن ولي المحجور عليه يتصرف بماله على وجه الحظ له ولا يتصرف فيه بما يتلفه أو ينقصه فلا يملك الولي شيئا من التبرعات من مال المحجور عليه لأن فيه ضرر محض.

فلا يجوز له أن يهب شيئا من ماله أو يتصدق به أو يحابي أحدا في بيع.

كما لا يصح له أن يهب هبة ثواب عند أبي حنيفة ومالك وأبو يوسف لأن الهبة إذا فاتت بين الموهوب فلا يلزمه إلا القيمة. ولأنها هبة ابتداء وتصح عند الحنابلة ومحمد بن الحسن، لأنها معاوضة المال بالمال فكانت كمعنى البيع.[1]

وأما إقراض الحاكم مال المحجور عليهم فقد اتفق الفقهاء على أن له أن يقرض ماله؛ لأنه من باب حفظ الدين ويختار أملى الناس وأوثقهم ويجب إخراج زكاة ماله وفطرته وسائر ما يلزم عليه وله أن يسافر بماله لأجل حفظه.

كما يحق للحاكم المطالبة بحقوقه فيقيم الدعاوي والبينات ويحلف الخصم إن أنكرها.

كما يجوز له بيع عقار القاصر إذا اقتضت المصلحة ذلك إذا وجد داع لذلك أو ظهور غبطة متحققة في هذا البيع، حتى إن كان هذا البيع بثمن لا يزيد على ثمن مثله وإنما تصير معاوضة انتهاء، وهو لا يملك الهبة.

وأنواع المصلحة في ذلك كثيرة:

كحاجة القاصر للنفقة أو الكسوة أو قضاء الدين، أو ما لابد له منه مما لا يندفع إلا ببيع هذا العقار كالخوف عليه من ظالم يأخذه غصبا، أو الخوف عليه من الغرق أو الخراب وكذلك إذا كان العقار في مكان لا ينتفع به فيباع ويشتري له في مكان يكثر نفعه.[2]

(١)بدائع الصنائع ١٥٣/٥، حاشية الدسوقي ٣٠٠/٣، شرح منتهى الإرادات ٢٩٢/٢

(٢)روضة الطالبين ١٨٧/٤، كشاف القناع ٣٨٨/٨، حاشية الدسوقي ٣٠٣/٣.

المطلب الثاني : حكم تصرف القاضي في تنمية أموالهم والاتجار بها .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للولي أن يتجر بمال القاصر وينميه ويستثمره له، وقيل بل هو واجب؛ لأن ذلك أصلح له ولقول عمر رضي الله عنه : (اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها الصدقة)[١] .

فله المتاجرة بأمواله بنفسه، وله دفعها لمضارب أمين يتجر فيه بجزء من الربح.

قال مالك : (لا بأس بالتجارة في أموال اليتامى لهم، إذا كان الولي مأمونا فلا أرى عليه ضمانا).[٢]

وقال في كشاف القناع: (وله أي للولي المضاربة به بنفسه ولا أجرة له والربح كله للمولى عليه، والتجارة بمالها أولى من تركها، وله دفعه مضاربة إلى أمين يتجر فيه بجزء من الربح).[٣]

فكل ما فيه مصلحة وغبطة وزيادة لمال القاصر فإن للولي أن يعمله وجرى بذلك العمل في المملكة العربية السعودية حيث لابد من أخذ إذن القاضي في كل تصرف في أموال القصر.

---

(١)أخرجه الترمذي في الزكاة: باب ما جاء في زكاة مال اليتيم (٢٣/٣- ٢٤) برقم (٦٤١) والدارقطني في الزكاة: باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم (١٠٩/٢- ١١٠) ، برقم (١) وعبد الرزاق ٦٨/٤_٦٩ برقم (٦٩٨٩) ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٥/٤) والبيهقي في "السنن الكبرى" في الزكاة: باب من تجب عليه الصدقة.(١٠٧/٤) وقال هذا إسناد صحيح

(٢)الموطأ ٢٥١/١

(٣)كشاف القناع ٣٨٨/٨

الباب الثالث : تصرفات القاضي النيابية على المال

الفصل الثاني

التصرف في مال اليتيم .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حكم تصرف القاضي في مال اليتيم في جانب الحفظ والمطالبة بها

المبحث الثاني : حكم تصرف القاضي في مال اليتيم من جانب الاستثمار والتجارة بها

سبق في الفصل الأول أحكام الحجر على الصغير والتصرف في ماله ،وهو بنفس معنى اليتيم ، بما أغنى عن إعادة ذكرها مرة أخرى .

الباب الثالث : تصرفات القاضي النيابية على المال

الفصل الثالث
تصرف القاضي في الأوقاف نيابة

وفيه تمهيد ومبحثان :

تمهيد : ولاية القاضي العامة على الأوقاف في الفقه ، والمعمول به في المملكة العربية السعودية

المبحث الأول : تصرف القاضي في الأوقاف المعطلة نيابة عن ناظرها .

المبحث الثاني : تصرف القاضي بالوقف مع وجود الناظر إن تبين خيانته أو فعل مالا يسوغ .

تمهيد : ولاية القاضي العامة على الأوقاف في الفقه ، والمعمول به في المملكة العربية السعودية

اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن للحاكم أحقية الولاية الأصلية على الأوقاف.
قال في البحر الرائق: إذا شرط الواقف أن لا يكون للقاضي أو السلطان كلام في الوقف، أنه شرط باطل، وللقاضي الكلام لأن نظره أعلى.[١]

وقال في مواهب الجليل: يجعله لمن يثق به في دينه فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم.[٢]

وقال في مغني المحتاج: وإن لم يشرطه لأحد فالنظر للقاضي على المذهب.[٣]

وقال في كشاف القناع: ولناظر بالأصالة وهو الموقوف عليه المعين والحاكم فيما وقف على غير معين _ نصب ناظر وعزله؛ لأصالة ولايته، أشبه المتصرف في مال نفسه.[٤]

واستدل العلماء على ثبوت الولاية الأصلية في الوقف للحاكم بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له"[٥] وقد استخرجوا من هذا الحديث قاعدة عامة اتفقوا على تطبيقها فيما يدخل تحتها من مسائل ألا وهي (أن الحاكم ولي من لا ولي له).[٦]

---

(١)البحر الرائق لابن نجيم ٢٤١/٥

(٢)مواهب الجليل ٣٧/٦

(٣)مغني المحتاج ٣٩٣/٢

(٤)كشاف القناع ٦٦/١٠

(٥)سبق تخريجه (   )

(٦)ينظر حاشية ابن عابدين ٢٧٤/٤، مواهب الجليل ٣٨/٦

أما في المملكة العربية السعودية فقد لقيت الأوقاف عناية خاصة في المحافظة عليها، وإدارة شؤونها، ومتابعة القائمين عليها منذ عهد الملك عبد العزيز[١] حتى وقتنا الحاضر، وتزاد أهمية ذلك بوجود الحرمين الشريفين فيها ولهما أوقاف في كثير من البلدان الإسلامية.

ففي عهد الملك عبدالعزيز في ١٣٥٤/١٢/٢٧هـ صدر مرسوم ملكي يقضي بربط إدارات الأوقاف وفروعها بمدير عام مقره في مكة المكرمة، ويرتبط به مدير للأوقاف في المدينة ومدير في جدة، ويتبع المديرية العامة مجلس إدارة للحرم المكي، ويتبع مدير أوقاف المدينة مدير للحرم النبوي، ومأمور في ينبع، ووضع نظام خاص لتوزيع الصدقات تقوم بتنفيذه لجنة مركزية تابعة للإدارة العامة للأوقاف.

وقد تحولت الإدارة بعد وفاة الملك عبدالعزيز إلى وزارة تحمل اسم (وزارة الحج والأوقاف) وصدر مرسوم ملكي يقضي بإنشائها [٢].

جاء في فتاوى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم [٣] في إحدى إجاباته على أحد الأسئلة: "ونفيدكم حيث إن ولي الأمر ـــ أيده الله بتوفيقه ـــ رأى أن من المصلحة جعل

---

(١)عبد العزيز بن عبد الرحمن بن فيصل بن تركي بن عبد الله بن محمد بن سعود ولد شهر ذي الحجة عام ١٢٩٧هـ في الرياض ، مؤسس المملكة العربية السعودية وموحد الجزيرة امتاز بالحكمة والشجاعة وبعد النظر وامتازت سياسته بأصالة المنهج، والمدرسة السياسية المتميزة المنبثقة من ذلك المنهج ومن مآثره الكثيرة عنايته بكتب السلف ونشرها ومن ذلك أمره بطباعة تفسير بن كثير مع البغوي ، والمغني والشرح الكبير وغيرها .توفي في الثاني من ربيع الأول عام ١٣٧٣هـ في الطائف. ينظر : شبه الجزيرة في عهد الملك عبد العزيز (١٤٣٧/٤)الملك عبد العزيز والمملكة العربية السعودية ، معجم المطبوعات العربية (٤٥٩)

(٢) ينظر: شبه الجزيرة في عهد الملك عبدالعزيز ١٠٥٧/٣-١٠٥٨.

(٣)هو سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبداللطيف آل الشيخ محمد بن عبدالوهاب، مفتي الديار السعودية في وقته، ولد في الرياض عام ١٣١١هـ، وتعلم فيها، وفقد بصره وهو صغير ومع ذلك تابع دراسته وحفظ كتاب الله ومتون العلم، ثم تصدر للإفتاء، فعين مفتيا عاما للملكة، كما عين رئيسا للجامعة الإسلامية، ولتعليم البنات، وللمجلس التأسيسي لرابطة العالم الإسلامي وغيرها، وأملى من تأليفه عددا من الكتب منها: تحكيم القوانين، والجواب المستقيم، وتوفي عام ١٣٨٩هـ.

(ينظر: مشاهير علماء نجد ص(١٦٩)، وروضة الناظر للقاضي ٣١٦/٢).

النظارة على الأوقاف العامة لوزارة الحج والأوقاف، وجرى على هذا العمل في غالب الأوقاف في المملكة بعد أن أناط بوزارة الحج والأوقاف مسؤلية تنفيذ شروط الواقفين، وحيث إن طاعة ولي الأمر واجبة في غير معصية الله، وحيث إن الأوقاف المشار إليها أوقاف على غير معين فيتعين عليهم تسليمها بيد وزارة الحج والأوقاف، وعليها أن تقوم بواجبها نحوها، ومتى رأوا تساهلا من الوزارة في الصرف على جهات هذه الأوقاف فعليهم الرفع عن ذلك لجهته، وبالله التوفيق، والسلام عليكم.

مفتي الديار السعودية (ص /ف ١٢٣٧ في ١٣٨٩/٦/٢١هـ)"[١].

وفي عهد خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبدالعزيز ـ رحمه الله ـ ومن منطلق اهتمامه بشؤون الإسلام والمسلمين صدر في عام ١٤١٤هـ مرسوم ملكي كريم يقضي بإنشاء وزارة جديدة تدخل تحت نطاقها إدارة الأوقاف، وهي (وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد)، فأخذت هذه على عاتقها الاهتمام بشؤون الأوقاف، والبحث عما أسيء استغلاله أو استغل في غير ما وقف له وتصحيح شؤونه، واستغلال المتعطل على الوجه المناسب .

ومع إنشاء تلك الإدارة وهذه الوزارة التي تعنى بشؤون الأوقاف، ومع ما وضع لها من نظام خاص ومجالس للأوقاف إلا أن ذلك لا يعني التدخل فيما شرعه الشارع من أحكام للوقف بنبذ شيء منها أو تعديله، ولا إهمال شروط الواقفين التي اعتبرها الشرع ما لم يكن فيها مخالفة شرعية، وإنما القصد منه متابعة تصرفات الأولياء على الأوقاف، والنظر على الأوقاف الموقوفة على الأمور العامة التي ليس لها ناظر خاص، محافظة عليها من التعدي أو تعطل المنافع، وتطبيقا لشروط الواقفين لها، وقد نص نظامها على ذلك.[٢]

---

(١) فتاوى ورسائل سماحته ٩٢/٩.

(٢)الولاية على الوقف وأثرها في المحافظة عليه لعبد العزيز الحجيلان (٧١٠)

وأما تسجيل الأوقاف ونصب النظار لها إذا كان لها ناظر خاص فإنه من اختصاص المحاكم وقد بينت المواد (٢٤٦_٢٥٠)من نظام المرافعات الشرعية في المملكة كيفية إنشاء الأوقاف وطرق تسجيلها ، وشروط الوقف ، وطرق نقل الأوقاف الخاصة والعامة [١].

وخلاصة ما سبق: أن الوزارة المعنية بشأن الأوقاف في المملكة هي (وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد) حاليا لها الحق – حسب النظام الموضوع للأوقاف – في الولاية على الأوقاف العامة التي ليس لها ناظر خاص، فهي تقوم مقام القاضي في مباشرة الولاية بدل أن ينشغل بذلك أو يقوم بالإنابة عنه.

وأما تسجيل الأوقاف ونقلها واستبدالها ، ونصب النظار فهو من اختصاص المحاكم إذا كان الوقف خاصا .

(١)مجلة وزارة العدل العدد الحادي والعشرون ١٤٢٥هـ

المبحث الأول : تصرف القاضي في الأوقاف المعطلة نيابة عن ناظرها .

تقدم في التمهيد ذكر ولاية القاضي العامة على الاوقاف ، ومنها الأوقاف المعطلة بما يغني عن إعادة ذكرها في هذا المبحث .

المبحث الثاني : تصرف القاضي في الأوقاف مع وجود الناظر إن تبين خيانته أو فعل ما لا يسوغ.

اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أنه متى وجد للوقف ناظر خاص فليس للناظر العام وهو الحاكم حق التصرف في الوقف حتى ولو كان الناظر الخاص معينا من قبل الحاكم.

قال ابن عابدين: لا يملك القاضي التصرف في الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله.[١]

وكذا قال المالكية لو غاب الناظر في بلدة بعيدة واحتاج الحبس إلى من ينظر فيه، فهل للقاضي أن ينظر في ذلك؟ أو يوقف الأمر حتى يأتي الغائب؟ والظاهر أن للقاضي أن ينظر في ذلك.[٢]

وقال في كشاف القناع: ولا نظر لحاكم مع ناظر خاص.[٣]

وذلك استدلالا منهم بالقاعدة الفقهية: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.[٤]

إلا أن الفقهاء قالوا بثبوت الولاية العامة للحاكم على الوقف وذلك يقتضي أنه متى ما فعل الناظر الخاص ما لا يسوغ مما يضر بالوقف فإن للحاكم منعه من ذلك.

كما أن للحاكم تقييد تصرف الناظر الخاص إذا اتهمه أو خشي منه التفريط، وذلك بضم أمين إليه، بحيث لا يتصرف الناظر الخاص إلا بإذن الأمين والرجوع إليه بل ربما عزل الحاكم الناظر إن تصرف بما لا يسوغ.

قال في الإسعاف: لو أجر الوقف بما لا يتغابن فيه، لا تجوز الإجارة وينبغي للقاضي إذا رفع إليه ذلك أن يبطلها، ثم إن كان المؤجر مأمونا وإن كان غير مأمون أخرجها من

---

(١)حاشية ابن عابدين (٣٧٤/٤)

(٢)مواهب الجليل (٣٨/٦)

(٣)كشاف القناع (٦٧/١٠)

(٤)الأشباه والنظائر للسيوطي (١٧١)

يده ودفعها إلى من يثق به، وكذا لو أجرها سنين كثيرة يخاف على الوقف تبطل الإجارة ويخرجها من يد المستأجر ويجعلها في يد من يثق به.(١)

وقال في كشاف القناع: وللحاكم النظر العام فيعترض على الناظر الخاص إن فعل ما لا يسوغ له فعله لعموم ولايته.

وللحاكم ضم أمين إلى الخاص مع تفريطه أو تهمته، ليحصل المقصود من حفظ الوقف، والظاهر أن الأول يرجع إلى رأي الثاني ولا يتصرف إلا بإذنه ليحصل الغرض من نصبه.(٢)

(١)الإسعاف في أحكام الأوقاف (٧٢)

(٢)كشاف القناع (١٠/٦٨)

الباب الثالث : تصرفات القاضي النيابية على المال

الفصل الرابع
تصرف القاضي في باب القسمة نيابة

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حكم القاضي بالقسمة إجبارا إذا دعا الشريك شريكه للبيع أو للإجارة مما لا يمكن قسمته نيابة عن الشريك.

المبحث الثاني : حكم القاضي بالقسمة إجبارا إذا كان ولي العقار غائبا .

أولا تعريف القسمة :

لغة : القسمة مصدر قسم الشيء يقسمه قسما ، وقسمه جزأه وهي القسمة .

والقسم بالكسر النصيب والحظ والجمع أقسام حمل وأحمال وقسم كسدرة وسدر.

والقسم بالتحريك اليمين .

ورجل مقسم الوجه أي جميل كله كأن كل موضع منه أخذ قسما من الجمال.

قال في معجم مقاييس اللغة : القاف والسين والميم أصلان صحيحان، يدل أحدهما على جمال وحسن والآخر على تجزئة شيء.مصدر قسمت الشيء قسما النصيب [١]

تعريف القسمة اصطلاحا :

عرفها الحنفية بأنها : إفراز بعض الأنصباء عن بعض ، ومبادلة بعض ببعض.

وقيل جمع نصيب شائع في معين[٢]

وعرفها المالكية بأنها : تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو باختصاص تصرف[٣]

وقيل: القسمة تصيير مشاع من مملوك مالكين معينا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض[٤]

وعرفها الشافعية بأنها :تمييز الحصص بعضها من بعض ، أو تمييز بعض الأنصباء من بعض [٥]

وأما الحنابلة فعرفوها بأنها : تمييز بعض الأنصباء عن بعض وإفرازها عنها [٦]

---

(١)لسان العرب(٤٧٨/١٢) المصباح المنير (٣٩٩/٧) القاموس المحيط (١٤٨٣/١) .

(٢)بدائع الصنائع (٤٦٤/١٤) تبيين الحقائق (٩٦/١٦) .

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣٤٣/٨)

(٤) شرح الخرشي (٤٢٤/٤)

(٥)السراج الوهاج (٦٠٠/١) ، مغني المحتاج (٤٢٣/٤) ، حاشية قليوبي (٣١٥/٤) .

(٦)كشاف القناع (١٩٤/١٥)

ثانيا : حكم القسمة ومشروعيتها :

القسمة مشروعة ودل على ذلك العديد من الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع .

فمن الكتاب :

١- قوله تعالى : ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ﴾[١].

٢- قوله تعالى : ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾[٢]

٣- قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾[٣].

ومن السنة :

٤- عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها "[٤].

٥- ما رواه جابر بن عبد الله ، رضي الله عنهما ، قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.[٥]

٦- وما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه وحاجته ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما.[٦]

---

(١) سورة القمر:٢٨

(٢) سورة النساء:٨

(٣) سورة الأنفال:٤١

(٤)أخرجه أبو داود في البيوع ، باب في الشفعة (٣٠٦/٣) رقم (٣٥١٥) وصححه الألباني .

(٥)أخرجه البخاري في الشفعة باب الشفعة ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة برقم (٢٢٥٧).

(٦)أخرجه أبو داود عن سهل بن أبي حثمة في الخراج باب ما جاء في حكم أرض خيبر برقم (٣٠١٢)

٧- وأجمعت الأمة على جواز القسمة ، وما زال النـــاس يتعـــاملون بالقـــسمة في مواريثهم وبيوعهم ، ولأن بالناس حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على إيثاره ويتخلص من سوء المشاركة .[١]

(١) المبسوط (١٧/٣٠٢) الحاوي الكبير للماوردي (١٦/٤٨٣) المغني (١٤/٩٧) ،

ثالثا : أنواع القسمة :

اختلف الفقهاء في كيفية تقسيم القسمة وأنواعها بحسب اعتبار إرادة المتقاسمين ،وحاجتها إلى التقويم ، واختلاف تسميتها لدى كل مذهب ، ولذا سأبين أقسامها بإجمال :

فقسم الحنفية القسمة إلى قسمين:

١- قسمة جبرية: وهي التي يتولاها القاضي بطلب أحد الشركاء ولو قسم القاضي أو نائبه بالقرعة، فليس لبعض الشركاء الإباء بعد خروج بعض السهام.

٢- قسمة رضائية: وهي التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي، أو برضا الكل عند القاضي.

ثم قسموا كل من هذين النوعين قسموه إلى نوعين:

١- قسمة تفريق: أو رد وهي تخصيص كل شريك بحصة جزئية معينة من المال المشترك وتكون في كل ما لا ضرر في تبعيضه بالشريكين كالمكيل والموزون.

٢- قسمة جمع: وهو أن يجمع نصيب كل شريك في عين على حدة وتكون في الجنس الواحد، ولا تجوز فيما كان من جنسين مختلفين فتصح في المثليات كالمكيلات والموزونات، وأفراد الإبل وأفراد الغنم ولا تصح بين إبل وغنم ونحوها.[1]

كما لا تقسم الدور والأراضي المتعددة عند أبي حنيفة قسمة جمع منعا للضرر لوجود التفاحش بين دار ودار وأرض وأرض ، بسبب اختلاف البناء فتعتبر في حكم جنسين مختلفين.

خلافا للصاحبين فتجوز قسمة الدور والأراضي قسمة جمع ويعدل ما فيها من التفاوت بالقيمة.[2]

(١)رد المحتار ١٨٤/٥، بدائع الصنائع ١٩/٧، المبسوط ٣/١٥.

(٢)المبسوط ٣/١٥

وأما المالكية فإنهم قسموها إلى قسمة أعيان ومهايأة ثم قسموا الأعيان إلى نوعين:

١- قسمة مراضاة: بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئا مما هو مشترك بين الشريكين فيرض به بلا قرعة، وتصح في متحد الجنس كالثياب.

٢- قسمة القرعة: وهي تمييز حق مشاع بين الشركاء لا بيع فيه ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس. [١]

وأما الشافعية فقسموها إلى ثلاثة أنواع:

١- قسمة الإفراز: وهي إفراز حق كل من الشركاء وتكون فيما ضرر فيه كالأجزاء والمثليات من حبوب أو دراهم أو أرض مستوية الأجزاء فيجري فيها الإجبار .

٢- قسمة التعديل: وهي أن تعدل الأنصباء المختلفة بالقيمة لتحقيق المساواة بين الشركاء وتكون فيما يختلف فيه الجنس كبستان بعضه نخل وبعضه عنب. فيجري فيها الإجبار أيضا كما في النوع الأول فإن أمكن فسمة الجيد وحده والرديء وحده لم يجبر الشريك على التعديل.

٣- قسمة الرد: وهي التي تحتاج إلى رد مال أجنبي عن ذات المقسوم كأرض في جزءها بئر أو بستان، لا يمكن قسمته فيرد من يأخذه بالقسمة الناتجة عن القرعة قسط قيمة البئر والبستان. ولا يجري فيها الإجبار. [٢]

---

(١)حاشية الدسوقي ٤٩٨/٣، الشرح الصغير ٦٢٢/٣

(٢)روضة الطالبين ٢٠٣/١١، نهاية المحتاج ٢٨٣/٨.

وأما الحنابلة فقد قسموها إلى نوعين:

١- قسمة تراض: لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم، وتكون فيما فيه ضرر ورد عوض من أحدهما على الآخر، كالدور الصغار ونحوه.

ولا إجبار فيها؛ لأن كل عين منها تختص باسم وصورة وهي كالبيع.

٢- قسمة إجبار: وهي مالا ضرر فيهما على الشريكين أو أحدهما، ولا يلزم فيها رد عوض، كالأرض والدار الواسعتين ويجري فيها الإجبار لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة، وحصول النفع للشريكين. (١)

(١)كشاف القناع ١٩٤/١٥، المقنع مع الشرح الكبير (٢٩/ ٤٥).

المبحث الأول: حكم القاضي بالقسمة إجبارا إذا دعا الشريك شريكه للبيع أو للإجارة نيابة عن الشريك.

كما مر معنا في أنواع القسمة من أنها تنقسم إلى نوعين أساسيين رضائية و إجبارية وهذا مما اتفق عليه الفقهاء في الجملة.

وإذا دعا الشريك شريكه للبيع أو للإجارة فهل يلزم القاضي أن يقسم بينهما ويلزم الشريك الآخر بالبيع ؟

اختلف الفقهاء فيما يجوز للقاضي أن يجبر الشريك على بيعه، فذهب الحنفية إلى أن الإجبار لا يكون إلا ما كان من جنس واحد كالمكيلات والموزونات ونحوها.

قال في المبسوط: ونوع هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات فإنما يتميز عند اتحاد الجنس وتقارب المنفعة ولهذا يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء.[١]

أما ما كان من أجناس مختلفة كإبل وبقر وغنم، بحيث يستقل الشريك بنوع أو أكثر فلا إجبار فيها.

وكذا الدور عند أبي حنيفة فإنها أجناس مختلفة خلافا للصاحبين

قال في المبسوط: وقال أبو يوسف ومحمد في الدور الرأي للقاضي فإن كانت أنصباء أحدهم إذا جمعت في دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك لأن المعتبر في القسمة المعادلة في أحدهم إذا جمعت في دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك لن المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة والمالية ودفع الضرر، ولأن الدور في حكم الجنس الواحد لاتحاد المقصود بها وهو السكن.

وقال أبو حنيفة: الدور أجناس مختلفة بدليل أنها لا تثبت صداقا بمطلق التسمية وكذا لو وكل وكيلا بشراء دار لم يصح التوكيل لجهالة الوصف.[٢]

---

(١)المبسوط ٢/١٥

(٢)المبسوط ١٨/١٥، وينظر حاشية رد المحتار ٢٥٦/٦

وأما المالكية فإنهم قالوا: بإجبار القاضي للشريك بالقسمة إذا دعاه شريكه لـــذلك وهو ما يسمى عندهم بالقرعة ولا تكون القرعة والإجبار إلا فيما تماثل أو تقارب دون رد.

وتكون القسمة عندهم بالقيمة إذا اختلفت أجزاء المقسوم ولا يجمع في القسمة بين نوعين مختلفين.

قال ابن رشد[١]: لا يجمع في القسمة بالسهم الدور مع الحوائط ولا مع الأراضين بل يقسم كل شيء من ذلك على حدة .[٢]

كما لا يصح الإجبار في مثلي متحد الصفة كالمكيل والموزون ونحوه.

قال في حاشية الدسوقي: وأما ما يكال ويوزن واتفقت صفته فإنه يقسم كـــيلا أو وزنا لا قرعة فيه، وقيل يجوز قسمة قرعة أيضا ولا وجه له .[٣]

وأما الشافعية فإنهم أجروا الإجبار في نوعين من أنواع القسمة وهما قسمة الإفراز أو المتشابهات وقسمة التعديل، وأما قسمة الرد فلا يجري فيها الإجبار .

قال في روضة الطالبين : إذا اقنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه وهو المتشابهات أجبر عليها، سواء كانت الأنصباء متساوية أم متفاوتة للتخلص مـــن ســـوء المشاركة مع عدم الضرر.[٤]

---

(١)هو الفقيه أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الأندلسي، القاضي، الفيلسوف، الطبيب، ولد في قرطبة سنة٥٢٠هـــ، عني بكلام أرسطو وترجمه إلى العربية، وزاد عليه زيادات كثيرة، اتهم بالزندقة والإلحاد فنفي إلى مراكش، وأحرقت بعض كتبه، وتوفي بمراكش سنة ٥٩٥هـــ، ويلقب بالحفيد تمييزا له عن جده أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، من مؤلفاته: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، والضروري في أصول الفقه، والكليات في الطب.
ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (١/١٤٦)، وشذرات الذهب (٦/٥٢٢)، والأعلام (٥/٣١٨).

(٢)بداية المجتهد ٢/٤٧١

(٣)حاشية الدسوقي ٣/٥٠١

(٤)روضة الطالبين ١١/٢٠٨، وينظر نهاية المحتاج ٨/٢٨٦

وأما قسمة التعديل كالأرض التي تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة الإنبات وقرب الماء مما يرفع قيمة بعضها فيجبر الممتنع عليها في الصحيح عند الشافعية.

قال في نهاية المحتاج: يجبر الممتنع عليها في الأظهر إلحاقا للتساوي في القيمة به في الأجزاء[١].

وأما قسمة الرد فلا إجبار فيها لأنه دخله ما لا شركة فيه وهو المال المردود فثبوت الإجبار في النوعين الأولين للحاجة إليهما كما يبيع الحاكم مال المدين جبرا ، ولم يقع في النوع الأخير لأنه إجبار على دفع مال غير مستحق وهذا بعيد.

وأما ما لا يمكن قسمته أو يمكن مع ضرر على الشركاء كدار وطاحونة صغيرين فإن الشريك لا يجاب بالقسمة في الأصح عند الشافعية وقيل بجوازه إن أمكن الانتفاع به بعد القسمة.

ولكن إن لم يمكن قسمته فإما أن يتهايئون منفعة ذلك مياومة[٢] فإن أبوا أجبرهم الحاكم على إجارته ويشهد على ذلك.[٣]

وأما الحنابلة فإنهم قالوا: بجواز قسمة الإجبار أيضا فيما كان من جنس واحد وهو قسمة المتشابهات عند الشافعية، وكذا في قسمة التعديل فإذا دعا الشريك شريكه للقسمة فامتنع أجبره الحاكم على البيع.

قال في كشاف القناع: وقسمة إجبار وهي ما لا ضرر فيها عليهما ولا على أحدهما، ولا رد عوض كأرض واسعة ودكان واسع، سواء كانت متساوية الأجزاء أو

---

(١)نهاية المحتاج ٢٨٨/٨، وروضة الطالبين ٢١٠/١١

(٢)ياومه مياومة ويواما : عامله بالأيام كما يقال مساوعة من الساعة ومشاهرة من الشهر . ينظر : لسان العرب (٢٠٣/٢) القاموس المحيط (١٥١٤/١)

(٣)نهاية المحتاج ٢٨٦/٨

لا، إذا أمكن قسمتها بتعديل السهام من غير شيء يجعل معها فإن لم يمكن ذلك إلا يجعل شيء معها فلا إجبار لأنه معاوضة فلا يجبر عليها من امتنع منها كسائر المعاوضات.[١]

فتجوز قسمة الأراضي والمكيلات والموزونات، وكذا الثياب والحيوانات سواء كانت القسمة لكل جنس على حدة أو كانت قسمتها أعيانا بالقيمة [٢]

شروط قسمة الإجبار:

اشترط الفقهاء لقسمة الإجبار شروطا وهي:

١. طلب أحد الشركاء أو كلهم من القاضي قسمة المشترك فلا تجوز القسمة من غير طلب لأنها تصرف في ملك الآخرين إلا إن كان قاصدا للضرر.
٢. أن لا يكون في القسمة ضرر، واختلف الفقهاء في المقصود بانتفاء الضرر فمنهم من قال فوات المنفعة المقصودة من المال وإن بقي المال منتفعا به على نحو ما. ومنهم من قال الضرر هو نقص القيمة كما اختلفوا في مدى الضرر المانع من القسمة.
٣. ثبوت ملكية العين المقسومة للشركاء.
٤. اتحاد الجنس في المقسوم، والصنف في المنقولات.
٥. أن لا يكون تعديل السهام شيء من المال لأنها تكون بيعا[٣].

(١)كشاف القناع ٢٠٢/١٥

(٢)المغني ٩٩/١٤، الشرح الكبير ٧١/٢٩

(٣)ينظر المبسوط ٩/١٥ ، حاشية الدسوقي ٥٠٠/٣، المغني ١٠٢/١٤، الشرح الكبير ٧٣/٢٩،

المبحث الثاني : حكم القاضي بالقسمة إجبارا إذا كان ولي العقار غائبا

من المتقرر عند أهل العلم أن للحاكم ولاية على مال الغائب وأن عليه أن يقيم منه وليا عليه، ليقوم بحفظه وتنميته وإخراج ما تعلق به وهذا باتفاق الفقهاء.(١)

واختلفوا في تصرف القاضي في مال الغائب بقسمته إذا طلب الشريك ذلك.

و لم أجد من نص على القسمة على الغائب إلا في كشاف القناع قال: [ويقسم حاكم مع غيبة ولي وكذا على غائب في قسمة إجبار لأنها حق على الغائب، فجار الحكم عليه به كسائر الحقوق](٢)

وقد تكون هذه المسألة داخلة في مسألة تصرفات القاضي التي تخرج المال عن ملك صاحبه الغائب :

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن القاضي لا يبيع عن الغائب عقاره الذي لا يخشى عليه من التلف؛ لأن ولايته بحفظه وإبقائه وما لا يخشى عليه من التلف محفوظ بنفسه وبإشراف القاضي.(٣)

ولأن فيه مخالفة لقوله تعالى :﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾(٤)

قال في حاشية ابن عابدين: [لا يقضى على غائب أي بالبينة ، سواء أكان غائبا عن المجلس وقت الشهادة أم بعدها وبعد التزكية، وسواء أكان غائبا عن المجلس أم عن البلد].(٥)

---

(١)تبيين الحقائق ٣/٣١٠، البحر الرائق ٤/١٨٩، حاشية الصاوي ٢/٧٤٧، كشاف القناع ١٥/٢٠٣

(٢)كشاف القناع ١٥/٢٠٣

(٣)المبسوط ١١/٣٩، تبيين الحقائق ٣/٣١٠

(٤) سورة البقرة:١٨٨

(٥)حاشية ابن عابدين ٤/٣٥٥

القول الثاني: وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين في رواية إلى جواز بيع مال الغائب ولو لم يخش عليه من التلف بشرط الحاجة لذلك وتحقق المصلحة.[١]

واستدلوا بما يلي:

١. ما رواه الشيخان عن جابر رضي الله عنه أنه قال : أن رجلا من أصحابه أعتق غلاما عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه بثمانمئة درهم ثم أرسل بثمنه إليه.[٢]

ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم تصرف بولايته العامة حيث باع الغلام وأرسل بالثمن إلى صاحبه مما يدل على أن تصرفه كان في غيبة المالك ودون علمه واستئذانه .

٢. وقياس البيع على التصرفات الأخرى الجائزة اتفاقا بجامع وجود الحاجة للتصرف، كالإجارة وهي بيع منافع.

٣. أن بيع مال الغائب لا يستلزم، وإنما هو تحويل العقار مثلا إلى نقد.

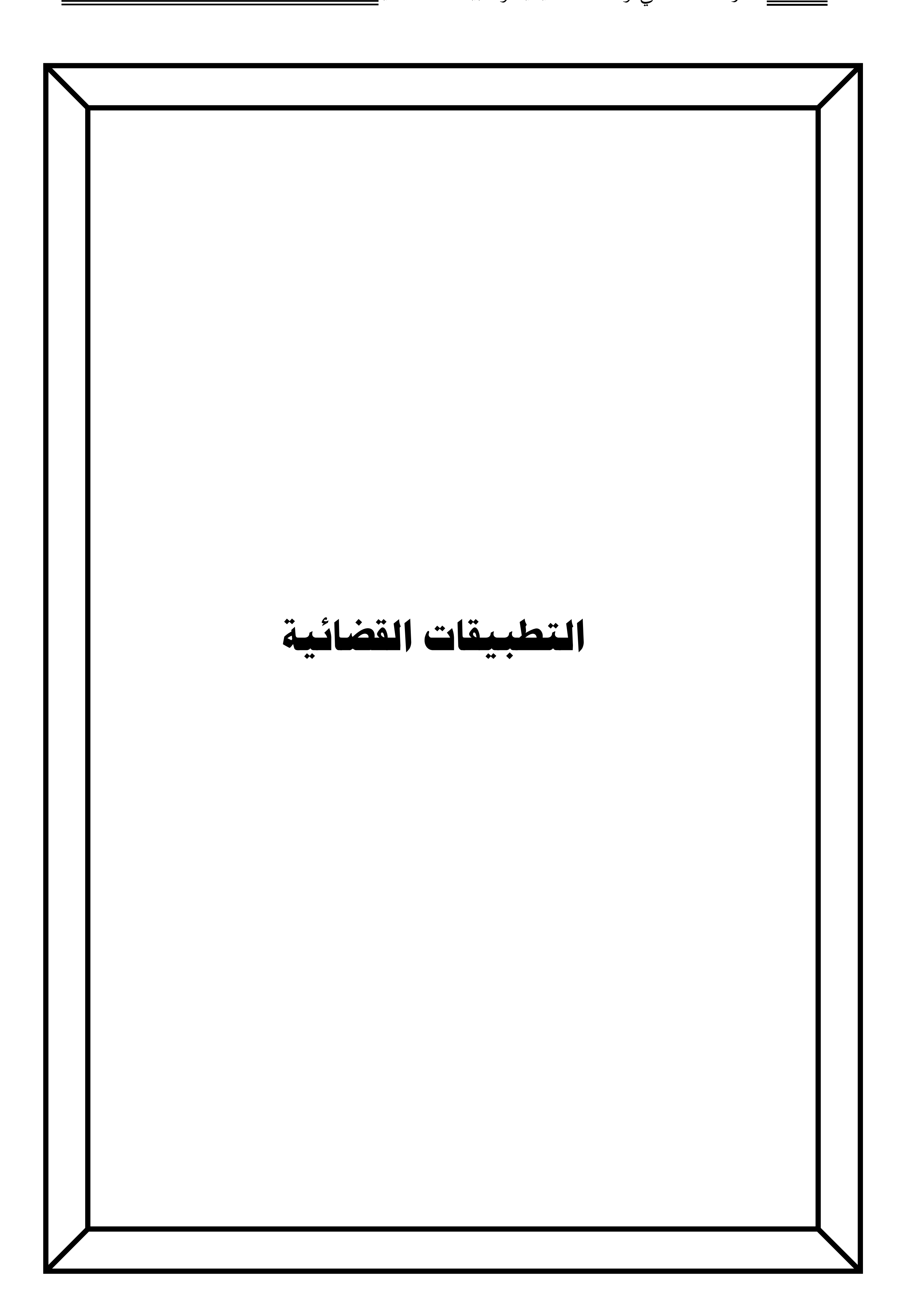
والذي يترجح لدي ما ذهب إليه الجمهور وهو جواز بيع مال الغائب وقسمة، لأنه إذا جاز قسمته إجبارا مع وجوده فمع غيابه أولى.

وأما قول الحنفية باشتراط الرضا من العاقد لبيع ماله فيجاب عليه بأن معرفة الرضا متعذرة للغيبة، وأما قولهم بأن ولاية الحاكم للحفظ فإن بيعه قد يحفظ قيمته وتركه يحصل به الضرر.

---

(١)الشرح الكبير للدردير ٥٢٠/٢، مغني المحتاج ٤٠٦/٤، كشاف القناع ٢٠٣/١٥، المبسوط ٣٩/١١، البحر الرائق ١٨٩/٤

(٢)رواه البخاري في الأحكام باب بيع الإمام على الناس أموالهم وضياعهم ، (٩١/٩) برقم (٧١٨٦) ومسلم في الزكاة باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة ، (٧٩/٣) برقم (٢٣٩١)



التطبيقات القضائية

تطبيق قضائي لمسألة العضل :[١]

الحمد لله وحده وبعد:

لدي أنا سليمان بن عبد الله الماجد القاضي في المحكمة العامة بالرياض بناء على المعاملة الواردة لنا من فضيلة الرئيس شرحا على خطاب صاحب السمو الملكي أمير منطقة الرياض رقم ٥٠٢٠ س في ١٤٢٧/٣/١٣ هـ حول دعوى .... في امتناع والدها من تزويجها من خاطبها.... حضرت المدعية..... المذكورة و لم يحضر معها والدها المذكور رغم تبلغه في الجلسة الشفهية التي عقدت يوم الاثنين ١٤٢٧/٥/٩ هـ لتقريب وجهات النظر والصلح بين الطرفين.

فادعت المرأة قائلة تقدم لخطبتي.... فرفض والدي استقباله و تحديد موعد للقائه فحاولت في والدي عدة مرات أن يستقبله فرفض ذلك وكان أول ما تقدم إلينا منذ سنتين وأنا أخشى أن يفوتني حظي من الزواج وعمري الآن ثماني وعشرون سنة وسبق لي الزواج وأنجبت من زوجي الأول ابنين وقد تزوج والدي بعد طلاقه والدتي وصرت أعيش وحيدة في بيتي ثم مرضت والدتي وتوفيت في رمضان الماضي وحيث أن المتقدم لي كفء لي في الديانة والنسب وهو حاليا متفرغ للدراسة في المعهد العالي للقضاء، حيث يحضر للماجستير وقد أجلت الموضوع عدة مرات من حين تقدم لي رغبة مني في إنهاء الموضوع وديا بيني وبين والدي ولكن هذا لم يتيسر.

لذا أطلب من والدي أن يزوجني منه أو إثبات عضله لي وتولي المحكمة ذلك هذه دعواي.

ثم حضر والدها وقدم ورقة جاء فيها إشارة إلى الدعوى الموجودة لديكم والمقدمة من الابنة..... حول اعتراضي على رغبتها في الزواج من........ وإشارة إلى الاجتماع الذي تم مع فضيلتكم الساعة ... الاثنين الموافق ١٤٢٧/٥/٩ هـ أود أن أؤكد لكم كتابيا ما أوضحته لكم من أسباب الاعتراض وهي على النحو التالي:

---

(١)ينظر مدونة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل .

أولا: أن أسلوب تقدم هذا الشخص للخطبة لم يكن بالشكل المطلوب واللائق وكل ما في الأمر سبق أن اتصلت امرأة من سنتين بزوجتي تدعي أنها أخت المذكور تخطب ابنتي علما أني لم أر المذكور قط ولم يتقدم لي شخصيا لا بخطاب ولا بشكل رسمي حتى تاريخ إعداد هذا الخطاب وهذا أعطاني عنه انطباعا غير إيجابي.

ثانيا: بالرغم من الانطباع غير الإيجابي عنه وبإلحاح من ابنتي تم السؤال عن المذكور وتوصلت إلى قناعة بأن المذكور غير مناسب للقبول به كزوج لابنتي.

ثالثا: اختلاف المستوى الاجتماعي بين الطرفين وفي ضوء الأسباب المشار إليها أعلاها توصلت إلى قناعة بعدم مناسبة المذكور كزوج لابنتي، علما أنه أول خاطب يتقدم لها بعد طلاقها من زوجها، وختاما فإني غير موافق على المذكور للقبول به كزوج لابنتي متمنيا لها من الله سبحانه وتعالى الزوج والصالح الذي ترضى واقتنع به وللقضاء اتخاذ ما يرى فيه المصلحة الشرعية مع الأخذ في الاعتبار ما ذكر أعلاه وما قد يترتب عليه من إضرار بمصلحتها، هذا ما لدي وليعذرني فضيلتكم عن حضور الجلسات مستقبلا متمنيا للجميع التوفيق فيما يرضي الله والسلام أخوكم.... توقيعه.

وبعرض ذلك على المدعية قالت عن السبب الأول إن أسلوب الخطبة كان طبيعيا، حيث إن أخت الخاطب اتصلت هاتفيا تمهيدا لتقدمه هو ولكن عندما رد الوالد لي برفضه وبشدة من البداية كان إتمام عملية اللقاء بينهما غير مناسبة خشية من مفسدة أعظم وقد حاورته كثيرا وكتبت له خطابات كثيرة لأجل أن يلتقي معه لكنه لم يرد على خطاباتي وأما السبب الثاني لم يوضح والدي سبب قناعته بأنه غير مناسب. وأما السبب الثالث فهو مناسب اجتماعيا، حيث جرت عادة الأسرة بتزويج بناهما من خارجها إذا كان قبيلة معروفة وأقرب مثال لذلك عمتي أخت والدي وغيرهما كثير.

هكذا قررت المدعية ثم اقتضى النظر إحضار الخاطب المذكور لسماع ما لديه وفي جلسة أخرى حضر المدعى عليه وقرر قائلا ما ذكرته ابنتي من أنني رفضت استقباله فلم أرفض ذلك وإنما رفضت أن أقبل شخصا لم يتقدم لي مباشرة وما عملته أنها ألحت علي لأقبل به زوجا لها فرفضت ذلك للسبب الذي ذكرته وقد طلقت والدها وهي صغيرة

وتوفيت أمها في المستشفى وكانت ساكنة في منزلي الذي أملكه. وأما زواج أختي من خارج الأسرة فلم أكن راضيا عن ذلك ولم أكن وليا لها وقد ذكرت سابقا الأسباب الثلاثة التي جعلتني لا أقبله وقد بنيت بيتا لأولادي من أمها وهم .....و..... من أجل السكنى فيه ولم يسكن فيه إلا والدتها وابني .... ولا أستطيع الحضور في الجلسات القادمة لأنه ليس لدي ما أضيفه وإذا اتخذت المحكمة قرارا برفض طلبها أو قبوله فأرغب أن أبلغ بذلك هذا ما لدي حول هذا الموضوع.

وفي جلسة أخرى حضر ..... وقرر قائلا إنني ما زلت راغبا في الزواج من ..... المذكورة وأنا من حمولة .... من فخذ.... من .... من .... التابعة لمنطقة .... وأعمل ... في ... بالخرج ومفرغ لإكمال درجة الماجستير بـ..... وإمام وخطيب جامع .... بحي ... ومتزوج ابنة.... من أهالي البدائع ويرجعون إلى .... وأنا مستعد بإعطائها مهرا مثلها والقيام بحقوقها بعد إتمام الزواج وحضر معه ... و... فقرر كل منهما بمفرده قائلا إن .... هذا الحاضر من طلاب العلم المعروفين بالحرص على تحصيله وعلى خلق حسن وتعامل طيب وسيرة حميدة وهو من القبائل المعروفة وكفء لـ.... في النسب ونشهد بذلك وعدل الشاهدان التعديل الشرعي.

وفي جلسة أخرى حضرت المدعية وقد سبق ضبط هذه القضية جلسة مطولة بين الطرفين في مواجهة بعضهما لمحاولة الصلح بإتمام الزواج من الخاطب المذكور أو سحب المدعية دعواها فبقي كل منهما على موقفه.

فبناء على ما تقدم من الدعوى و الإجابة وخطاب مقام إمارة منطقة الرياض المذكور وما قرره الطرفان ومحاولة الصلح المذكورة بينهما وحال المدعية من الزواج السابق وعمرها وأن المدعى عليه لم يورد ما يؤثر في الخاطب في دين ولا خلق ولا نسب وشهادة الشاهدين العدلين لخاطب المدعية بحسن خلقه ومكافأته للمدعية في النسب ولظهور الضرر من تأخير زواج المدعية مع ما هي عليه من حال وما ذكره المدعى عليه من أنه لم يتقدم أحد لخطبتها بعد طلاقها من زوجها السابق ووجود سابقة زواج مماثلة لهذه الحالة وما جاء في إحدى الروايتين عن الإمام أحمد ــ رحمه الله ــ واختيار شيخ

الإسلام ابن تيمية ــ رحمه الله ــ من أنه إذا عضلها الولي الأقرب انتقلت إلى السلطان ولما في نقلها إلى الأقرب من أسباب القطيعة إن رضي بالتزويج أو رفض وفي تولي الحاكم ذلك درء لهذه المفسدة فقد قررت ما يلي:

أولا: ثبوت عضل المدعى عليه للمدعية عن كفئها في الدين والنسب.

ثانيا: أن المحكمة ستتولى عقد نكاحها من المتقدم المذكور وبذلك حكمت ويعتبر حكما حضوريا حسب نظام المرافعات الشرعية فاقتنعت به المدعية وسيتم إكمال اللازم حيال تبليغ المدعى عليه حسب نظام المرافعات الشرعية بهذا الحكم وما يترتب على التبليغ من رفع المعاملة إلى محكمة التمييز أو عدم ذلك وبذلك انتهت هذه الدعوى حرر في ١٤٢٧/٦/٧ هـ وصلى الله على نبينا محمد.

❖ في هذه القضية عضل من الولي وهو الأب وقد مر في البحث أنه إذا عضل الولي موليته و منعها النكاح من الكفء بدون سبب ، أو لسبب غير وجيه و تحقق القاضي من ذلك فإنه ينهاه عن عضله ويأمره بالتزويج لإزالة الظلم عن المرأة ، فإن استجاب و أنكح المرأة للكفء ، انتهى العضل ، و إن امتنع و أصر على عضله انتقلت ولاية التزويج إلى غيره ، وفي هذه القضية عمل القاضي بقول الجمهور وهو انتقال الولاية للسلطان أو من ينيبه لقوله عليه السلام " و إن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" ولأنه أقطع للتزاع بين الأقارب .

تطبيق قضائي لمسألة اللعان :[١]

الحمد لله وحده وبعد، فلدي أنا القاضي بالمحكمة الشرعية حضر.... حامل حفيظه.... وحضرت لحضوره ....

وادعى الأول بقوله إن المدعى عليها .... هذه الحاضرة زوجتي تزوجتها من أربع عشرة سنة، ولي منها ثلاثة أولاد، ومنذ ثمان سنوات وهذه الحاضرة وقعت في فاحشة الزنا، وقد راقبتها هيئة الأمر بالمعروف مدة لا تقل عن سنة ورأوها تدخل رجالا في البيت، وتركب مع رجال في سيارات خاصة إلى جهات مشبوهة، وبعد متابعتها قبضت عليها الهيئة، وهذا حسب محضر معد من الهيئة، وقد اتضح لي أنها الآن حامل وفي شهرها الرابع، وأنا قد سافرت للإمارات بتاريخ ١٤١٠/٦/٢٧ هـ، وأثناء وجودي هناك أبلغت من قبل أحد الأولاد أن المدعى عليها قد أدخلت السجن فرجعت من هناك وأنا قبل سفري للأمارات قد جامعتها مرة واحدة قبل أسبوعين من السفر، وأنا لدي ضعف ولا أنزل وقد طلقت المدعى عليها في شهر شعبان من هذه السنة طلقة واحدة، وأن هذه الحاضرة قد زنت وأن هذا الحمل الموجود في بطنها الآن ليس مني، وأطلب إثبات نفي نسب هذا الولد عني، وبسؤال المدعى عليها أنكرت ما ذكره المدعي في دعواه جملة وتفصيلا وقالت أنا الآن حامل وفي الشهر الرابع وهذا الحمل من المدعي حيث أنني كنت حائضا وجامعني بعد الطهر مرتين أو ثلاث، ولم يعاودني الحيض بعد ذلك، ولا صحة لما ذكره بأن أحدا فعل بي الفاحشة.

وبعرض ذلك على المدعي قال إنني مصر على ما ذكرته في دعواي، وأطلب نفي نسب هذا الولد عني وإنني مستعد بملاعنة المدعى عليها وقد جرى وعظه في جلسة سابقة وفي هذه الجلسة وكررت عليه الوعظ وخوفته بالله، كما نصحت المدعى عليها بقول الحق وخوفتها بالله وأفهمت الطرفين بأن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا إلا أن كل واحد منهما أصر على موقفه وزعم صدق نفسه في جلسة أخرى وبعد إصرار الطرفين

---

(١)ينظر مدونة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل .

على موقفهما، قلت للمدعي: اشهد بالله إنك لمن الصادقين فيما رميت به امرأتي هـذه الحاضرة من الزنا وأن الحمل الذي في بطنها ليس مني وكرر ذلك أربع مـرات وعنـد الخامسة قلت له: اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وأن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب، فقال: إنني صادق في دعواي، ثم تلفظ في الخامسة قائلا: أشـهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به امرأتي هذه الحاضرة من الزنا وأن الذي ببطنها ليس مني وأن لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين ثم قلت للمدعى عليها: اشهدي بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماك به من الزنا، فقالت وهي قائمة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيمـا رماني به من الزنا وأن الحمل الذي في بطني منه وكررت ذلك أربع مرات وعند الخامسة قلت لها: اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وأن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب، فقالت: إني صادقة فيما أقول ثم قالت في الخامسة: أشهد بالله أنه لمـن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وأن الحمل الذي في بطني منه، وأن غضب الله علي إن كان من الصادقين.

وقد تم ذلك بحضور وشهادة الملازمين القضائيين وكتاب الضبط وجمع من الحضور وبناء على ما تقدم فقد ثبت لدى الفرقة بين المدعي والمدعى عليها وأن المدعى عليهـا محرمة على المدعي تحريما مؤبدا، وانتفاء الحمل عن المدعي وعدم نسبته إليه وأنه لا حـد عليهما وحكمت بذلك بعد إفهامهما به، وقد قنع به المدعي، ولم تقتنع بها المدعى عليها وطلبت التمييز، وقالت: إنني أكتفي بما ذكرت بعاليه لائحة اعتراض وأنا أريد أولادي وأتنازل عن جميع حقوقي المالية عنده. جرى ما دون في ١٤١٠/١١/٢٤ هـ وصلى الله على نبينا محمد.

وصدق الحكم من هيئة التمييز بالقرار رقم ٩٦٧/ س/ أ في ١٤١٠/١٢/٢٤ هـ

❖ مر معنا أن العلماء اختلفوا في التفريق بين الزوجين هل يقع بعد اللعان أم بعد حكم الحاكم وفي هذه القضية لم تقع الفرقة إلا بعد حكم القاضي وهو رأي الحنفية ورواية للإمام أحمد لما ورد في الحديث " ففرق رسول الله صلى الله عليه و سلم بينهما"مما يدل على أن الفرقة لم تحصل قبل ذلك.

ولأن سبب هذه الفرقة يتوقف على الحاكم، فالفرقة المتعلقة به لا تقع إلا بحكمه قياسا على الفرقة باللعنة و نحوها.

تطبيق قضائي في مسألة غيبة الزوج[١]

الحمد لله وحده وبعد لدي أنا .... القاضي بالمحكمة الكبرى بالرياض افتتحت الجلسة وفيها حضرت فلانة بنت فلان المعرف بها من قبل أخيها فلان بن فلان وادعت على الغائب عن مجلس الحكم فلان بن فلان، قائلة في دعواها لقد تزوجني زوجي الغائب عن مجلس الحكم قبل حوالي عشر سنوات وقد رزقت منه بابنة تدعى سارة ومنذ حوالي ثماني سنوات سافر على منطقة قريبة من منطقتنا ومنذ ذلك الوقت لم يعد إلى بيته، وقد بحثت عنه في كل مكان و لم أجده، وانقطع خبره وليس عندي علم بحياته أو مماته وحيث أنني امرأة أخشى على نفسي من الوقوع في المحرمات وحيث أنني تضررت من طول هذه المدة أشد التضرر لذا أطلب الحكم بفسخ نكاحي من زوجي الغائب هذه دعواي، وقد طلبت من المدعية البينة على ما ذكرت، فأحضرت فلان بن فلان وفلان بن فلان وبسؤالهما عن شهادتهما شهد كل واحد منهما بمفرده قائلا أشهد بالله العظيم بأن فلان بن فلان زوج هذه المرأة المدعية قد غاب عن زوجته منذ حوالي ثماني سنوات وانقطع خبره ولا يعلم حياته من مماته هكذا شهدا وطلب من المدعية تزكية شاهديها،فأحضرت كلا من فلان بن فلان وفلان بن فلان زوج وشهدا بعدالة الشهود وأنهما ثقتان عدلان، هذا وقد سبق الإعلان عن زوج المدعية في جريدة الرياض بعددها الصادر رقم ... في يوم ... وشهر ... من عام ..... وقد تم مراسلة الجهات المسئولة عن ذلك لإدارة البحث والتحري وسجون منطقة الرياض والأحوال المدنية والمستشفيات فلم يردنا ما يدل على وجود أثر عن المذكور فبناء على ما تقدم من دعوى المدعية وشهادة الشهود المعدلين التعديل الشرعي ولتضرر الزوجة من طول الغيبة، ولأن من المقرر شرعا رفع الضرر وإزالته وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) وحيث أن الفسخ قد طلبته المدعية من في دعواها لذا فقد حكمت المحكمة بفسخ نكاح المدعية فلانة بنت فلان من زوجها الغائب عن مجلس الحكم فلان بن فلان وأفهمت المدعية أن عليها العدة حسب حالها ابتداء من تاريخ هذا اليوم وعليها ألا

---

(١)ينظر مدونة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل .

تتزوج إلا بعد تصديق الحكم من محكمة التمييز وانتهاء عدتها وبعرض هذا الحكم على المدعية قررت القناعة وسيتم إرساله لتمييزه حسب النظام وبذا تكون القضية منتهية والله أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين حرر يوم الاثنين ١٤١٤/٥/١٠ هـ.

❖ ذكرت أن غيبة الزوج إما أن تكون غيبة قصيرة فلا يفرق بينه وبين زوجته بسبب الغيبة وإما أن تكون غيبة بعيدة ينقطع فيها خبره كما في هذه القضية وقد اختلف العلماء في ذلك فذهب المالكية والحنابلة ، إلى جواز التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج، لأن الزوجة تتضرر من الغيبة ضررا بالغا والضرر يدفع بقدر الإمكان لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار" ، ويكون تقدير الغيبة ومدتها راجعا إلى القاضي لاختلاف الأحوال والأزمان .

تطبيق قضائي لمسألة الإذن برهن مال القاصر(١)

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد

فلدي أنا .... القاضي بالمحكمة .... حضر .... يحمل بطاقة الأحوال برقم .... الولي على القاصر فلان بن فلان بموجب صك الولاية الصادر من هذه المحكمة برقم.... في... وأنهى قائلا: يوجد للقاصر المذكور أرض تقع في... المحدودة... المملوكة له بموجب الصك الصادر من ... برقم ... في....، وقد تقدمت إلى صندوق التنمية العقاري لاقتراض مبلغ مالي قدره... لأجل إعمار هذه الأرض عمارة مسلحة مكونة من ... فطلبوا مني تقديم إذن برهنها، وما يقام عليها من قبل الحاكم الشرعي، وذلك بموجب خطاب صندوق التنمية العقاري رقم... في... أطلب الإذن لي برهنها وما يقام عليها من بناء لدى صندوق التنمية العقاري مقابل قرض لتعميرها، وهكذا أنهى.

فجرت الكتابة لهيئة النظر للوقوف على الأرض المذكورة، وتطبيق صكها عليها، والإفادة عن تحقق الغبطة والمصلحة في رهنها لصالح صندوق التنمية العقاري مقابل قرض إعماري قدره... فوردنا الجواب منهم برقم... في... المتضمن أنه تم الوقوف على الأرض الواقعة في... المملوكة للقاصر فلان بن فلان بموجب الصك الصادر من.... برقم ... في... وجرى تطبيق صكها عليها، فوجدنا ينطبق حدا وذرعا، وقد ظهر لنا أن الأرض مناسبة للإعمار، وموقعها جيد، وأن رهنها لدى صندوق التنمية العقاري لإعمارها من القرض المبذول منه فيه غبطة ومصلحة للقاصر. اهـ. كما أحضر المنهي معه للشهادة فلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم... و فلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم... وقد شهدا قائلين: إننا من أصحاب الخبرة والمعرفة بالعقار وإعماره واستثماره، وقد أوقفنا المنهي ـ الولي على القاصر فلان بن فلان ـ على الأرض الواقعة في... وظهر لنا مناسبة إعمارها عن طريق الاقتراض من صندوق التنمية العقاري مقابل رهن الأرض، وما يقام عليها لصالح الصندوق، وأن في ذلك غبطة ومصلحة للقاصر

(١) ينظر الإنهاءات الثبوتية للدكتور ناصر المحيميد .

فلان بن فلان، هكذا شهدا، وعدلا من قبل فلان بن فلان، وفلان بن فلان، فبناء على ما سلف، فقد أذنت للمنهي الولي على القاصر في رهن الأرض المذكورة أعلاه، وما يقام عليها من بناء لصالح صندوق التنمية العقاري مقابل الاقتراض لإعمارها عمارة مسلحة مكونة...، وبالله التوفيق ، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في: / / ١٤ هـ.

❖ مر معنا أن للقاضي الولاية على أموال المحجور عليهم باتفاق الفقهاء وإن اختلفوا في ترتيب ولايته وأن الفقهاء -رحمهم الله تعالى- نصوا على أن ولي المحجور عليه يتصرف بماله على وجه الحظ له ولا يتصرف فيه بما يتلفه أو ينقصه فلا يملك الولي شيئا من التبرعات من مال المحجور عليه لأن فيه ضرر محض وهنا كما يظهر غبطة للقاصر برهن العقار لدى مؤسسة مليئة وفيه نفع له باستثمار ماله .

تطبيق قضائي لمسألة الإذن بشراء عقار للقاصر[١]

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد

فلدي أنا .... القاضي بالمحكمة .... حضر .... يحمل بطاقة الأحوال برقم .... الولي على القاصر فلان بن فلان بموجب صك الولاية الصادر من هذه المحكمة برقم.... في... وأنهى قائلا: إن للقاصر فلان بن فلان مبلغا وقدره .... مودعا لدى مؤسسة النقد بموجب السند رقم ... في ... نتيجة استحقاق هذا القاصر حصة من مترل والده المتروع للمصلحة العامة في كذا .... وقد رغبت أن اشتري لهذا القاصر عقارا يخصه، فوجدت الدكان الواقع في ... المحدود... المكون من دكان وميزانين ودورة مياه مملوك لفلان بن فلان بموجب الصك الصادر من ... برقم .... في .... وقد تفاوضت مع مالكه على شرائه بمبلغ .... صافيا. أطلب الإذن لي بشرائه لهذا القاصر، هكذا أنهى، فجرى الإطلاع على الصكوك المشار إليها أعلاه، فوجدتها مطابقة لما عطف عليها من الولاية للمنهي والملكية لراغب البيع للدكان المراد شراؤه، كما جرى الاستفسار عن صك الملكية فوردنا الجواب من.... برقم ... في ... المتضمن مطابقته لسجله وعدم ما يخل به، فجرت الكتابة لهيئة النظر للوقف على الدكان المذكور أعلاه، وتطبيق صكه عليه، والإفادة عن قيمته وحالته ومناسبته، وهل في شرائه بمبلغ... غبطة ومصلحة للقاصر أو لا ؟ فوردنا الجواب منهم برقم ... في ... المتضمن أنه تم الوقوف على الدكان الواقع .. المحدود ... المملوك لفلان بن فلان، وجرى تطبيق صكه عليه، فوجدناه منطبقا حدا وذرعا. وجدنا الدكان مكونا من... وعمارته حديثة وقوية. وأن في شرائه بمبلغ... غبطة ومصلحة لجهة القاصر، كما أحضر المنهي للشهادة المدعو/ فلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم .... وفلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم .... وقد شهدا قائلين: إننا من أصحاب الخبرة والمعرفة بالعقار وأثمانه، وقد اطلعنا على الدكان الواقع في .... المملوك لفلان بن فلان المكون من...، ونشهد أن في شرائه بمبلغ... غبطة ومصلحة للقاصر، وأن هذا السعر هو ثمن المثل، هكذا شهدا وعدلا من

---

(١) ينظر الإنهاءات الثبوتية للدكتور ناصر المحيميد .

قبل فلان بن فلان وفلان بن فلان، كما أبرز المنهي خطابين معتمدين من مكتبين عقاريين: الأول صادر من مكتب ... العقاري، والثاني صادر من مكتب ... العقاري يفيدان بأن في شراء الدكان المذكور بمبلغ... فيه غبطة ومصلحة للقاصر وهذا ثمن مثله.اهـ. فجرت الكتابة منا لمدير فرع مؤسسة النقد بـ... لتحرير شيك بمبلغ ... باسم.... لقاء المبلغ المحجوز لديهم بموجب السند رقم... في ... فوردنا خطاب مدير فرع مؤسسة النقد بـ.... رقم... في... المتضمن أنه تم الإفراج عن المبلغ المودع لديهم بموجب السند رقم... في ... وحرر به شيك يحمل رقم.... في ... مسحوب على البنك... ويمثل مبلغ... باسم.... فبناء على ما سلف فقد أذنت للولي على القاصر بأن يشتري الدكان الواقع في... في... المملوك لفلان بن فلان بموجب الصك الصادر من... برقم... لجهة القاصر فلان بن فلان بمبلغ ...، هذا وقد حضر فلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم... وقال: إن من الجاري في ملكي وتحت تصرفي كامل الدكان الواقع في... المملوك لي بموجب الصك المشار إليه أعلاه، وقد بعته على هذا الحاضر فلان بن فلان بصفته وليا على فلان بن فلان بمبلغ.... ليكون ملكا من أملاك القاصر فلان بن فلان، وقد أسلمت الولي الدكان، واستلمت منكم قيمته بموجب الشيك المسحوب على ... برقم .... في ... الممثل لمبلغ... ولم يعد لي في هذا الدكان أي حق؛ هكذا قرر، وقد صادقه الولي على ذلك، وكان هذا التقرير بحضور شهادة فلان بن فلان، وفلان بن فلان، فثبت لدي انتقال الدكان الموصوف في الإنهاء إلى ملكية القاصر فلان بن فلان، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في: / / ١٤ هـ.

❖ مر معنا أن لولي القاصر أن يتجر بمال القاصر وينميه ويستثمره له، وقيل بل هو واجب؛ لأن ذلك أصلح له ولقول عمر رضي الله عنه : (اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها الصدقة) ، وفي هذه الصورة استثمار لماله بشراء دكان يدر دخلا للقاصر فأذن القاضي بذلك .

تطبيق قضائي لإقالة الناظر لوجود أمر يستدعي ذلك[1]

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد

فلدي أنا .... القاضي بالمحكمة .... حضر .... يحمل بطاقة الأحوال برقم .... الولي على فلان بن فلان بموجب صك الولاية على مختل الشعور الصادر من هذه المحكمة برقم ..... في ..... وأنهى قائلا: إن أخي فلان بن فلان قد عين ناظرا على وقف فلان بن فلان بموجب صك النظارة الصادر من هذه المحكمة برقم .... في .... وقد أصيب أخي الناظر بحادث مروري أدى لفقد عقله؛ مما جعله غير قادر على القيام بأمور الوقف.

وقد عينت وليا عليه بموجب الصك المشار إليه أعلاه، لذا أطلب إثبات إقالة أخي عن نظارته للوقف على المذكور وذلك لعجزه عن القيام بنظارته هكذا أنهى ، فجرى الإطلاع على الصكوك المشار إليها أعلاه، فوجدتها مطابقة لما عطف عليها، كما جرى الإطلاع على التقرير الطبي الصادر من .... برقم .... في .... المتضمن أن المدعو فلان بن فلان مصاب في عقله، ويعاني من حالات التلف الدماغي، وأن الوظائف العليا للمريض معدومة، ولا يستطيع القيام بشؤونه مطلقا.أهـ. فبناء على ما سلف، وحيث ظهر الموجب لعزل الناظر، فقد ثبت لدي عجز الناظر فلان بن فلان عن قيامه بأعمال النظارة، وأمضيت عزله عن النظر لهذا الوقف، وأفهمت المنهي إبلاغ المستحقين بالبحث عن ناظر مناسب للوقف ينطبق عليه شرط الوقف، ففهم ذلك، ولابد من رفع هذا الإجراء لمحكمة التمييز لتدقيقه لتعلقه بعزل الناظر مختل الشعور وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في: / / ١٤ هـ.

---

(١) ينظر الإنهاءات الثبوتية للدكتور ناصر المحيميد .

❖ ذكرت أن الفقهاء قالوا بثبوت الولاية العامة للحاكم على الوقف وذلك يقتضي أنه متى ما فعل الناظر الخاص ما لا يسوغ مما يضر بالوقف فإن للحاكم منعه من ذلك ، وللقاضي عزله إذا ظهر فيه قادح باختلال أحد الشروط المعتبرة ،من الإسلام أو التكليف ، أو الكفاية والخبرة في التصرف [١] ، كما في هذه القضية .

(١) كشاف القناع (٦٢/١٠)

❖ الخـــــــاتمـــة :

بعد الانتهاء – بحمد الله – من فصول هذا البحث أذكر – بإيجاز– أهم النتـــائج التي تم التوصل إليها ، وهي على النحو التالي :

١- عرفت الحكم بأنه فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومـــن في حكمه بطريق الإلزام.

٢- وعرفه القانونيون بأنه : القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات ، سواء أكـــان صـــادرا في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه.

٣- عرفنا أن الفرق بين التصرف والحكم ، أن الحكم لا يجوز نقضه ويجـــب تنفيذها بخلاف التصرفات ، كما أن الحكم يشترط فيه ســـبق الـــدعوى والخصومة بخلاف التصرفات .

٤- كما ذكرت تعريفات القضاء لدى الفقهاء وهي متقاربة في المعنى ومنـــها تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفض الخصومات.

٥- كما ذكرت تعريف النيابة وهي قيام الإنسان عن غيره بفعل أمر .

٦- وذكرت أقسام النيابة وأنها تنقسم إلى :نيابة اتفاقية ، وشرعية ، وأن النيابة الشرعية تنقسم إلى ولاية على النفس ، وولاية على المال .

٧- ثم ذكرت تعريف الولاية وهو : هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها. أي ترتيب الآثار الشرعية عليها، وأن الأصل هو التعريف اللغوي .

٨- أن الولاية مشروعة بنوعيها ، الولاية العامة والخاصة والدليل على ذلك من الكتاب والسنة .

٩- أن الشروط العامة في الولي ستة ، وقد تزيد في بعض الأبـــواب وهـــي : الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والذكورة ، والقدرة .

١٠- أن أسباب الولاية متعددة ، وهي :

أ- أسباب طبيعية وهي : الصغر ، والجنون ، والأنوثة .

ب- أسباب طارئة وهي : السفه ، والفلس ، والغيبة ،والرق.

ت- وأسباب أخرى وهي : الوقف والوصية .

١١- أن القضاء ركن من أركان الدولة ، وجزء هام من مقومات المجتمع ، وتقع عليه مسؤولية حماية الأنفس والأموال والحقوق ، ورد الحقوق إلى أصحابها أو تعويضهم عنها ماديا أو معنويا .

١٢- أن القاضي يستمد ولايته من السلطان أو الحاكم ، إذ أن الأصل أن أعمال القاضي من واجبات الحاكم فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بين الناس بنفسه ويشرف على تنفيذ الأحكام.

١٣- عمل القاضي منضوي تحت نوعين من العمل وهما :

أ- العمل القضائي : ويتمثل في قطع المنازعات وفصل الخصومات ، ولابد لهذا النوع من وجود خصمين مدعي ومدعى عليه .

ب- العمل الولائي : وهو ما يباشره القاضي بنفسه بما له من الولاية العامة ، كتزويج من لا ولي لها ، وإقامة نظار الوقف ، وغير ذلك مما لا يحتاج لوجود خصمين وهو ما يسمى (بالقضايا الإنهائية).

١٤- أن ولاية النكاح تنقسم إلى ولاية إجبار ، وولاية اختيار ومشاركة.

١٥- أن العضل إما أن يكون من الزوج بأن يضار زوجته لتفتدي نفسها منه ، وإما أن يكون من الولي وهو امتناع الولي من تزويج موليته من الكفء إذا خطبها أو طلبت المرأة التزويج وهو المقصود بالبحث .

١٦- إذا تحقق العضل من الولي لدى القاضي فإنه ينهاه ويأمره بالتزويج ، فإن امتنع بدون سبب فإنه يكون عاضلا ، وتكون الولاية للقاضي عند الجمهور ، وقيل للأبعد .

١٧- أنه إذا غاب الولي الغيبة المعتبرة وهي : ما لا تقطع إلا بكلفة و مشقة فإن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد عند الحنفية والحنابلة ، وتنتقل إلى السلطان

عند الشافعية ورواية للحنابلة ، وذهب المالكية إلى التفريق بين الولي المجبر وغيره ، والراجح الأول .

١٨- أن الفقهاء اتفقوا على صحة تزويج الأب للصغير ، واختلفوا في تـزويج القاضي على أربعة أقوال والصحيح صحة تزويجه .

١٩- اختلف الفقهاء في حكم تزويج القاضي للمجنون والراجح أن الـصغير لا يزوج لعدم حاجته إلى النكاح وأما البالغ فإن كان جنونه متقطعـا فـلا يزوج حتى يفيق ويأذن بنفسه وإن كان جنونه مطبقا فلا يزوج إلا إذا ثبت أن ذلك من مصالحه وكانت هناك حاجة.

٢٠- أن الفسق هو فعل كبيرة من الكبائر أو الإصرار على صغيرة من صـغائر الذنوب ، وأن الراجح هو صحة ولاية الفاسق وأن الولاية لا تنتقل بسبب الفسق .

٢١- أن الإيلاء عند الحنابلة : حلف زوج يمكنه الجماع، بالله تعالى، أو وصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها، في قبل أبدا أو يطلـق أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها ، ولا يكون بالتعليق خلافا للجمهور.

٢٢- يضرب له أربعة أشهر من حين حلف و لا يطالب بالفيئة إلا بعد مـضي أربعة شهور، فإن لم تعفه زوجته و رفعت أمره إلى الحاكم فإنه يوقفـه و يأمره بالفيئة فإن أبى ، طلق عليه القاضي على الراجح .

٢٣- أن التفريق بسبب عنة الزوج لا تكون إلا بحكـم القاضـي لاخـتلاف الزوجين في ثبوت العنة .

٢٤- أن التفريق بسبب الغيبة إما أن تكون غيبة قصيرة فلا يجوز فسخ النكـاح باتفاق الفقهاء ، وإما أن تكون غيبة بعيدة والراجح جواز التفريق بينهما بعد ضرب المدة المناسبة لذلك ويرجع تقديرها إلى القاضـي لاخـتلاف الأحوال والأزمان فما يكون مناسبا في حال لا يناسب في حال آخر.

٢٥- إذا أعسر الزوج بمهر زوجته فالراجح أنه لا يحق للزوجة طلب الفسخ لا قبل الدخول ولا بعده ولكن لها المطالبة وأن تمنع من تسليم نفسها حتى يسلم الصداق ، وعلى القول بجواز الفسخ لا يجوز الفسخ إلا بحكم القاضي لأنه فسخ مجتهد فيه وتختلف فيه الأنظار كالفسخ بالعيب.

٢٦- إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته ورضيت بالمقام معه فلها أن تبقى معه ، واختلفوا فيما لو أعسر الزوج و لم ترض زوجته بالبقاء معه والراجح أنه لا حق للمرأة في طلب الفسخ بإعسار زوجها بل تطالبه أمام القاضي بالنفقة فيفرضها لها.

٢٧- أن اللعان هو: شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين، مقرونة باللعن و الغضب قائمة مقام حد قذف أو تعزير في جانبه و حد زنى في جانبها ، وأن الفرقة تكون بين الزوجين بعد إتمام اللعان و أنها لا تتوقف على حكم الحاكم.

٢٨- أن الظهار عند الحنابلة بأن يشبه امرأته أو عضوا منها، بظهر من تحرم عليه على التأبيد أو بها أو بعضو منها .

٢٩- إذا كان المظاهر قادرا على الكفارة و امتنع عن التكفير فللزوجة طلب الطلاق فإن طلبت الطلاق من القاضي لا يطلقها إلا إذا أمضت أربعة أشهر كما في الإيلاء فإن مضت أربعة أشهر أمر القاضي الزوج بالطلاق أو التكفير فإن امتنع طلق القاضي و كان الطلاق رجعيا.

٣٠- أن الكفاءة شرط للزوم النكاح لا لصحته أي أنه حق للآدمي عند جمهور العلماء ، وأن الكفاءة معتبرة في الجملة وقت العقد فهي حق للمرأة والأولياء

٣١- أن الحجر على القاصر في أموره المالية هو : منع الإنسان من التصرف في ماله و أن للقاضي الولاية على أموال المحجور عليهم باتفاق الفقهاء وإن اختلفوا في ترتيب ولايته.

٣٢- أن ولي المحجور عليه يتصرف بماله على وجه الحظ له ولا يتصرف فيه بما يتلفه أو ينقصه فلا يملك الولي شيئا من التبرعات من مال المحجور عليه لأن فيه ضرر محض.

٣٣- كما يجوز له بيع عقار القاصر إذا اقتضت المصلحة ذلك إذا وجد داع لذلك أو ظهور غبطة متحققة في هذا البيع ، كحاجة القاصر للنفقة أو الكسوة أو قضاء الدين، أو ما لابد له منه مما لا يندفع إلا ببيع هذا العقار كالخوف عليه من ظالم يأخذه غصبا، أو الخوف عليه من الغرق أو الخراب .

٣٤- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للولي أن يتجر بمال القاصر وينميه ويستثمره له، وقيل بل هو واجب؛ لأن ذلك أصلح له ولقول عمر رضي الله عنه : (اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها الصدقة) .

٣٥- اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن للحاكم أحقية الولاية الأصلية على الأوقاف.

٣٦- أن الوزارة المعنية بشأن الأوقاف في المملكة هي (وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد) حاليا لها الحق – حسب النظام الموضوع للأوقاف – في الولاية على الأوقاف العامة التي ليس لها ناظر خاص، فهي تقوم مقام القاضي في مباشرة الولاية بدل أن ينشغل بذلك أو يقوم بالإنابة عنه.

وأما تسجيل الأوقاف ونقلها واستبدالها ، ونصب النظار إذا كان الوقف خاصا فهو من اختصاص المحاكم.

٣٧- اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أنه متى وجد للوقف ناظر خاص فليس للناظر العام وهو الحاكم حق التصرف في الوقف حتى ولو كان الناظر الخاص معينا من قبل الحاكم ، لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

٣٨- أنه متى ما فعل الناظر الخاص ما لا يسوغ مما يضر بالوقف فإن للحاكم منعه من ذلك ، وتقييد عمله .

٣٩- أن القسمة تمييز بعض الأنصباء عن بعض وإفرازها عنها ، وقسمها الفقهاء إلى قسمة أعيان ، ومهايأة ، وقسمة أجبار ، وقسمة رضا .

٤٠- أن قسمة الإجبار تجري فيما كان من جنس واحد ومتماثل ، ولم يكن فيها رد أو تقويم .

٤١- ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين في رواية إلى جواز بيع مال الغائب وقسمته، لأنه إذا جاز قسمته إجبارا مع وجوده فمع غيابه أولى خلافا لأبي حنيفة.

وختاما فإني أسأل الله الكريم أن يجعل ما كتبته خالصا لوجهه الكريم وأن ينفع به من قرأه ومن كتبه والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

فهـــرس الآيـــــات القـــرآنيـــــة (حسب ترتيب السور)

م	الآيـــــــــــــة	رقمها	السورة	الصفحة
١.	﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها ﴾	١٨٨	البقرة	٢٠٣
٢.	﴿ ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير ﴾	٢٢٠	البقرة	١٧٩
٣.	﴿ للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾	٢٢٦	البقرة	١٢٢-١٢٤
٤.	﴿ وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ﴾	٢٢٧	البقرة	
٥.	﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾	٢٢٩	البقرة	١٢٣-١٤٥
٦.	﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوقمن بالمعروف ﴾	٢٣٣	البقرة	١٣٩
٧.	﴿ مثل الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله كمثل ﴾	٢٦١	البقرة	٥٥
٨.	﴿ فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا ﴾	٢٨٢	البقرة	٤٨
٩.	﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾	٢٨٨	البقرة	١٤٣
١٠	﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾	٩٢	آل عمران	٥٦
١١	﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله ﴾	٥	النساء	٣١-٣٨
١٢	﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن﴾	٦	النساء	٣١-٣٨-٤٥
١٣	﴿ وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى ﴾	٨	النساء	١٩٤
١٤	﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾	١١	النساء	٧٣
١٥	﴿ فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على ﴾	٢٥	النساء	٧٠
١٦	﴿ يا أيها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم ﴾	٢٩	النساء	٥٩
١٧	﴿ الرجال قوامون على النساء ﴾	٣٤	النساء	٥٠-١٣٩
١٨	﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾	٥٨	النساء	٣٦-٨٠

١٩	﴿ يا أيها الذين ءامنوا أطيعوا الله وأطيعوا ﴾	٥٩	النساء	٣٧
٢٠	﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾	١٤١	النساء	٤٢
٢١	﴿ يأيها الذين ءامنوا إذا قمتم إلى الصلاة ﴾	٦	المائدة	٥١
٢٢	﴿ يأيها الذين ءامنوا كونوا قوامين لله شهداء ﴾	٨	المائدة	٥١
٢٣	﴿ يأيها الذين ءامنوا شهادة بينكم إذا حضر ﴾	١٠٦	المائدة	٧٤
٢٤	﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾	١٥٢	الأنعام	١٧٩
٢٥	﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه ﴾	٤١	الأنفال	١٩٤
٢٦	﴿ ما لكم من ولايتهم من شيء ﴾	٧٢	الأنفال	٣٣
٢٧	﴿ منها قائم وحصيد ﴾	١٠٠	هود	٥٠
٢٨	﴿ وألقوه في غيابة الجب ﴾	١٠	يوسف	٦٥
٢٩	﴿ وقضينا إليه ذلك الأمر ﴾	٦٦	الحجر	٢٧
٣٠	﴿ وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها ﴾	١٨	النحل	٢
٣١	﴿ ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر﴾	٧٥	النحل	٦٩
٣٢	﴿ وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب ﴾	٤	الإسراء	٢٧
٣٣	﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه ﴾	٢٣	الإسراء	٢٧
٣٤	﴿ ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها ﴾	٢٩	الإسراء	٥٤
٣٥	﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾	٣٣	الإسراء	٤٠
٣٦	﴿ ولقد صرفنا للناس في هذا القرآن من كل ﴾	٨٩	الإسراء	٢٤
٣٧	﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ﴾	١٩	الكهف	٣٠
٣٨	﴿ يا يحيى خذ الكتاب بقوة وءاتيناه الحكم ﴾	١٢	مريم	٢٢
٣٩	﴿ فاقض ما أنت قاض ﴾	٧٢	طه	٢٦
٤٠	﴿ من قبل أن يقضى إليك وحيه ﴾	١١٤	طه	٢٧
٤١	﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات ﴾	٨	النور	١٥٦

٤٢	﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء ﴾	٦٩	النور	١٥٠
٤٣	﴿ وانكحوا الأيامى منكم والصالحين ﴾	٢٣	النور	٣١-١١٦
٤٤	﴿ يوم يرون الملائكة لا بشرى يومئذ ﴾	٢٢	الفرقان	١٧٦
٤٥	﴿ والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ﴾	٦٧	الفرقان	٥٤
٤٦	﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حسنا ﴾	٨	العنكبوت	٧٣
٤٧	﴿ فلما قضينا عليه الموت ﴾	١٤	سبأ	٢٧
٤٨	﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض ﴾	٢٦	ص	٨٥
٤٩	﴿ فقضاهن سبع سماوات في يومين ﴾	١٢	فصلت	٢٦
٥٠	﴿ ولولا كلمة سبقت من ربك إلى أجل مسمى ﴾	١٤	الشورى	٢٦
٥١	﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر ﴾	٢٨	القمر	١٩٤
٥٢	﴿ إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا الله قرضا ﴾	١٨	الحديد	٥٥
٥٣	﴿ ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم ﴾	٢٥	الحديد	٨٠
٥٤	﴿ الذين يظاهرون منكم من نسائهم ﴾	٢٤-٢٥	المجادلة	١٥٩-١٦٢
٥٥	﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدقمن﴾	١	الطلاق	١٢٧
٥٦	﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه﴾	٦	الطلاق	١٣٩-١٤٣
٥٧	﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾	٧	الطلاق	١٣٩
٥٨	﴿ هل في ذلك قسم لذي حجر﴾	٥	الفجر	١٧٦
٥٩	﴿ ولم يكن له كفوا أحد ﴾	٤	الإخلاص	١٦٤

فــهــرس الأحــاديــث النبويــة (حسب الترتيب الأبجدي)

م	الأحـــــاديث	الراوي	الصفحـــة
١٥.	البينة ، أو حد في ظهرك	ابن عباس	١٥٢
١٦.	تخيروا لنطفكم و أنكحوا الأكفاء و أنكحوا إليهم	عائشة	١١٦
١٧.	تصدقوا عليه" ، فتصدقوا عليه ، فلم يبلغ ذلك وفـــاء دينه ، فقال النبي ‘ "خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك "	أبـــو ســـعيد الخدري	٦٣
١٨.	الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنهـــا سكوتها	ابن عباس	٩٢
١٩.	حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها	عبدالله ابـــن عمر	١٥٥
٢٠.	خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف	عائشة	١٤٠
٢١.	رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، و عن الصبي حتى يحتلم ، و عن المجنون حتى يعقل	عائشة	٤٥-٤٨
٢٢.	زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقـــضت عدتها جاء يخطبها	معقل بن يسار	٩٧
٢٣.	سنغدو عليك فغدا علينا حين أصبح فطاف في النخل	جابر بن عبد الله	٦٠
٢٤.	ففرق رسول الله صلى الله عليه و سلم بينهما	ابن عباس	١٥٥-٢١٢
٢٥.	قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا	سهل بن سعد الساعدي	١٥٢
٢٦.	قد تركتكم على البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها بعدي إلا هالك ومن يعش منكم فسيرى اختلافا كثيرا	العرباض بـــن سارية	٣٧
٢٧.	قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه وحاجته ونصفا بـــين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما	سهل بـــن أبي حثمة	١٩٤

م	الأحـــــاديث	الراوي	الصفحـــة
٢٨.	قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم	جابر بن عبد الله	١٩٤
٢٩.	كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شابا حليما سمحا من أفضل شباب قومه و لم يكن يمسك شيئا فلم يزل يدان	كعـــب بـــن مالك	٦٢
٣٠.	كذبت عليها إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم	سهل بن سعد الساعدي	١٥٢-١٥٤
٣١.	كنت امرأ أصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئا	ســـلمة بـــن صخر	١٥٩
٣٢.	لا ضرر ولا ضرار	عبـــادة بـــن الصامت	١٣١-١٧٨-٢١٢
٣٣.	لا نكاح إلا بولي	ابن عباس	٣١-٣٩-١١٧
٣٤.	لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه	ابن عباس	٦٠
٣٥.	ما حق أمريء مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريـــد أن يوصي فيه إلا وصيته مكتوبة عند رأسه	عبدالله ابـــن عمر	٧٤
٣٦.	ما حملك على ذلك يرحمـــك الله؟، فقـــال: رأيـــت خلخالها في ضوء القمر	ابن عباس	١٦٢
٣٧.	مروا أولادكم بالصلاة وهـــم أبنـــاء ســـبع ســـنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر	عبد الله بـــن عمـــرو بـــن العاص	٤٦
٣٨.	مضت السنة في المتلاعـــنين أن يفـــرق بينـــهما ثم لا يجتمعان أبدا	سهل بن سعد الساعدي	١٥٤
٣٩.	من ذا الذي يتألى علي أن أغفر لفلان فإني قد غفرت	جندب	١٢٠

م	الأحـــــاديث	الراوي	الصفحـــة
٤٠.	هن حولي كما ترى يسألنني النفقة	جابر بن عبد الله	١٤٣
٤١.	و إن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له	عائشة	٣٢-٩٩-١٠٠-١٠٣

فهرس الآثار :

❖ **فهرس المصادر والمراجع:** (حسب الترتيب الهجائي)

١) القرآن الكريم .

٢) الإجماع ، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر ، تحقيق : صغير أحمد حنيف ، مكتبة الفرقان ، عجمان (الإمارات) ، ط الثانية ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .

٣) الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الماوردي، دار الكتاب العربي

٤) الأحكام السلطانية، أبو يعلى الفراء،تحقيق: محمد حامد الفقي، الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٢م

٥) الأحكام المترتبة على الفسق في الفقه الإسلامي ، فوفانا آدم ، دار المنهاج ، الرياض ، ط الأولى ١٤٢٥هـ .

٦) أحكام الوقف ، الشيخ مصطفى الزرقا ، دار عمار ـ ط١ ـ ١٤١٨

٧) أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية ،د. محمد عبيد الكبيسي ، مطبعة الإرشاد ـ ١٣٩٧

٨) الإحكام في أصول الأحكام ، علي بن محمد الآمدي ، د. سيد الجميلي ، دار الكتاب العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ

٩) الأحوال الشخصية ، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع ، د. أحمد محمد الموفي ـ إسماعيل أمين نواهضة ، دار المسيرة ـ ط١

١٠) إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ،محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط. الثانية ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.

١١) الإسعاف في أحكام الأوقاف ، برهان الدين ابراهيم بن موسى بن ابي بكر بن الشيخ علي الطرابلسي الحنفي ، المطبعة الهندية - مصر الطبعة ٢١٤٠٢هـ

١٢) أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، شيخ الإسلام / زكريا الأنصاري د . محمد محمد تامر دار الكتب العلمية ، ط١ ، ١٤٢٢ هـ

١٣) الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط. الأولى ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م .

١٤) الإصابة في تمييز الصحابة ، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، ت علي محمد البجاوي ، دار الجيل ، ط١ ، ١٤١٢هـ

١٥) أصول السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت

١٦) إعراب القرآن ، أبو جعفر أحمد بن محمد بن إسماعيل النحاس ، د.زهير غازي زاهد ، عالم الكتب ، ط ١٤٠٩ هـ .

١٧) الأعلام ، خير الدين الزركلي ،دار العلم للملايين ، ، ط الخامسة ، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

١٨) إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية ، تحقيق : محمد المعتصم بالله البغدادي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط الثانية ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م .

١٩) أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم في فرق النكاح ، رسالة ماجستير من المعهد العالي للقضاء ، عادل بن محمد الدويسان ، ١٤٢٠

٢٠) الإقناع لطالب الانتفاع ، أبو النجا موسى الحجاوي ، تحقيق : عبدالله التركي ، دار هجر ، القاهرة ، ط. الأولى ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م

٢١) الأم ، للأمام محمد بن إدريس الشافعي ، ت: رفعت فوزي عبد المطلب ، دار الوفاء _ ط٣ – ١٤١٥

٢٢) الإنهاءات الثبوتية بالمحاكم الشرعية بالمملكة العربية السعودية ، للدكتور ناصر بن إبراهيم المحيميد ، مكتبة أبها الحديثة ، ط١ ، ١٤٢٧هـ .

٢٣) إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون ، إسماعيل باشا بن محمد أمين بن مير سليم البابانى ، ت محمد شرف الدين بالتقايا والمعلم : رفعت بيلكه الكليسى ، دار إحياء التراث العربي

٢٤) البحر الرائق شرح كنــز الدقائق ، ابن نجيم المصري --تحقيق : زكريا عميرات،دار الكتــب العلميــة ، بــيروت لبنــان، ط الأولى، ١٤١٨هـــ-١٩٩٧م.

٢٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين الكاســاني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط الثانية ، ١٤١٢هـــ - ١٩٩٢م .

٢٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي ، تحقيق: محمــد صبحي حلاق،مكتبة ابــن تيميــة،الكويت، ط الأولى،١٤١٥هـــــ- ١٩٩٤م.

٢٧) البداية والنهاية ، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشــي ،ت علــي شيري دار إحياء التراث العربي ، ط١ ، ١٤٠٨هـــ .

٢٨) تاج العروس من جواهر القاموس ، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ، الزبيدي ، دار الهداية

٢٩) التاج والإكليل لمختصر خليل / للموافق: محمــد بــن يوســف العبدري، مطبوع على هامش مواهب الجليل، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـــ، الناشــر دار الفكــر (بيروت ـــ لبنان).

٣٠) التاريخ الكبير ،محمد بن إسماعيل البخاري ،دار الفكر ،تحقيــق : السيد هاشم الندوي

٣١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، إبراهيم بــن علي بن محمد، ابن فرحون .

٣٢) تبين الحقائق شرح كنــز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علــي الزيلعي ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، ط ١٣١٣هـــ .

٣٣) تحرير ألفاظ التنبيه ، يحي بن شرف النووي ،تحقيق : عبد الغني الدقر، دار القلم ، دمشق ،ط الأولى ١٤٠٨هـ- ١٩٨٩م .
٣٤) تحفة المحتاج بشرح المنهاج / للهيثمي: شهاب الدين أحمد بن حجر، مطبعة دار صادر (بيروت ــ لبنان).
٣٥) التصرف في الوقف ، رسالة دكتوراه من كلية الشريعة بالرياض ، إبراهيم بن عبد العزيز بن عبد الله الغصن ، ١٤٠٩هـ
٣٦) تفسير ابن كثير المسمى : تفسيرالقران العظيم ،إسماعيل بن عمر ابن كثير الدمشقي،دار المعرفة، بيروت، ط الثالثة،١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.
٣٧) تفسير البغوي المسمى : معالم التنزيل ، أبو محمد البغوي ، تحقيق : خالد العك ، مروان سوار ، دار المعرفة ، بيروت ، ط الثانية ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
٣٨) تفسير الشوكاني المسمى : فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية،محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إحياء التراث العربي،بيروت ،(بدون تفاصيل أخرى).
٣٩) تفسير الطبري المسمى : جامع البيان في تفسير القرآن ، ابن جرير الطبري ،دار المعرفة،بيروت، ط الأولى،١٣٢٣هـ-١٩٠٥م.
٤٠) تفسير القرآن ، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني ، ت ياسر بن إبراهيم و غنيم بن عباس بن غنيم ، دار الوطن - الرياض ١٤١٨هـ
٤١) تفسير القرطبي المسمى : الجامع لأحكام القرآن: محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت،١٤٠٥هـ-١٩٨٤م.
٤٢) تكملة المجموع شرح المهذب للشيرازي ، محمد نجيب المطيعي ،دار عالم الكتب ــ ١٤٢٣

٤٣) تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، الحافظ ابن حجر العسقلاني ، تحقيق : السيد عبدالله هاشم اليماني المدني ،المدينة المنورة ، ط ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م .
٤٤) التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية و نظام السلطة القضائية ، د.سعود بن سعد آل دريب ، رسالة دكتوراه في السياسة الشرعية من المعهد العالي للقضاء ، ط١ _ ١٤٠٣
٤٥) تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، يوسف بن الزكي عبدالرحمن أبو الحجاج المزي ، ت د. بشار عواد معروف ، مؤسسة الرسالة بيروت ،ط ١ ،١٤٠٠هـ
٤٦) الجامع لأحكام القرآن: محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت،١٤٠٥هـ-١٩٨٤م.
٤٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار المسمى : حاشية رد المحتار ، محمد أمين ابن عابدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .
٤٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،محمد بن عرفة الدسوقي، تحقيق : محمد عبدالله شاهين،دار الكتب العلمية،بيروت، ط الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
٤٩) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ، عبدالرحمن بن قاسم ، ط الرابعة ، ١٤١٠هـ-١٩٨٠م
٥٠) حاشية رد المحتار على الدر المختار ،محمد أمين المشهور بابن عابدين ، المكتبة التجارية _ مصطفى أحمد الباز
٥١) حاشية عميرة ، شهاب الدين أحمد الرلسي الملقب بعميرة ، دار الفكر ، ط١٤١٩ هـ .

٥٢) حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين ، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ، دار الفكر ، ط ١٤١٩

٥٣) الحاوى الكبير ، العلامة أبو الحسن الماوردى ، دار الفكر

٥٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ،ت فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية .

٥٥) ذيل طبقات الحنابلة / لابن رجب: أبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين الحنبلي، الناشر دار المعرفة (بيروت ــ لبنان).

٥٦) الروض المربع شرح زاد المستقنع ، منصور البهوتي ، مكتبة الرياض الحديثة الرياض ، ط ١٣٩٠هـ – ١٩٧٠م .

٥٧) روضة الطالبين وعمدة المفتين ، أبو زكريا يحي بن شرف النووي ،المكتب الإسلامي ، بيروت ط. الثانية ، ١٤٠٥هـ –١٩٨٥م .

٥٨) زاد المعاد في هدي خير العباد ، ابن قيم الجوزية ، تحقيق :شعيب الأرناؤوط ، عبد القادر الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، مكتبة المنار الإسلامية ، بيروت ، الكويت ، ط الرابعة عشر ، ١٤٠٧هـ ١٩٨٦م .

٥٩) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام محمد بن إسماعيل الصنعاني ، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ط. الرابعة ١٣٧٩هـ .

٦٠) السراج الوهاج على متن المنهاج ، العلامة محمد الزهري الغمراوي ، دار المعرفة .

٦١) السلطة القضائية في النظام الإسلامي ، هاني محمد كامل المنايلي ،كلية الحقوق ـ ٢٠٠٩

٦٢) السنن الكبرى ، أحمد بن الحسين البيهقي – مكتبة الباز ، مكة المكرمة ، هـ-١٤١٤ هـ- ١٩٩٤م.

٦٣) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، شيخ الإسلام ابن تيمية ، تحقيق : بشير محمد عيون ، دار البيان ، دمشق ، ط الثانية ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م .

٦٤) سير أعلام النبلاء ،شمس الدين محمد بن احمد بن عثمان الذهبي، تحقيق : بشار معروف،مؤسسة الرسالة،بيروت، ط الثانية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٦٥) شبه الجزيرة في عهد الملك عبدالعزيز / لخير الدين الزركلي، الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ، دار العلم للملايين (بيروت — لبنان).

٦٦) شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي ، ت عبد القادر الأرنؤوط، محمود الأرناؤوط ، دار بن كثير ، ١٤٠٦ هـ

٦٧) شرح الزركشي على متن الخرقي ،شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي ، ت: د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ، دار خضر _ ط ١٤١٥

٦٨) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،أحمد محمد الدردير،دار المعارف، القاهرة

٦٩) الشرح الكبير، سيدي أحمد الدردير ، تحقيق: محمد عليش ، دار الفكر ، بيروت

٧٠) شرح فتح القدير ، كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام ، دار عالم الكتب _ ١٤٢٤

٧١) شرح مختصر الروضة ، نجم الدين الطوفي ، تحقيق : عبدالله التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط. الثالثة ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .

٧٢) شرح منتهى الإرادات ، منصور البهوتي ، تحقيق : عبدالله التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط. الأولى ١٤٢١هـ -٢٠٠٠ م.

٧٣) الصحاح ، إسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، بيروت، ط. الثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م

.

٧٤) صحيح البخاري، الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، دار ابن كثير – اليمامة ، بيروت ، ط. الثالثة ، ١٤٠٧ — ١٩٨٧م.

٧٥) صحيح الجامع الصغير وزيادته ، محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط. الثالثة، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م

٧٦) صحيح سنن ابن ماجة ، محمد ناصر الدين الألباني ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ط. الأولى ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.

٧٧) صحيح سنن أبي داود ، محمد ناصر الدين الألباني ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ط. الأولى ، ١٤١٩هـ -١٩٩٩م .

٧٨) صحيح سنن الترمذي ، محمد ناصر الدين الألباني ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ط. الأولى ١٤٢٠هـ -٢٠٠٠م.

٧٩) صحيح سنن النسائي ، محمد ناصر الدين الألباني ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ط. الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

٨٠) صحيح مسلم ، مسلم بن الحجاج النيسابوري ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي — بيروت

٨١) صنوان القضاء وعنوان الإفتاء ، للقاضي عماد الدين محمد بن محمد بن إسماعيل الأشفورقاني ، ت. القاضي مجاهد الإسلام القاسمي ، وزارة الأوقاف الكويتية _ ط ١٤٢٢

٨٢) طبقات الشافعية ، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن قاضي شـــهبة، تحقيق: عبد العليم خان ، عالم الكتب ، بيروت ، ط الأولى، ١٤٠٧هـــ - ١٩٨٧م .

٨٣) طبقات الفقهاء الحنابلة ،أبو الحسين محمد بن أبي يعلى البغدادي، تحقيق: علي محمد عمر،مكتبة الثقافة الدينية،القاهرة، ط الأولى، ١٤١٩ هـــ-١٩٩٨م.

٨٤) الطبقات الكبرى ، محمد بن سعد البصري الزهري ، تحقيـــق : إحسان عباس ، دار صادر ، بيروت ، ط الأولى ١٣٨٨هـــــ- ١٩٦٨ م.

٨٥) غريب القرآن ، أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري ، ت أحمد صقر ، دار الكتب العلمية ، ط ١٣٩٨هـــ

٨٦) فتح الباري شرح صحيح البخاري ، أحمد بن علي بن حجـــر ، تعليق : الشيخ عبدالعزيز بن باز، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩.

٨٧) الفروع ، ابن مفلح الحنبلي ، تحقيق : حازم القاضي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط الأولى ١٤١٨هـــ -١٩٩٧م .

٨٨) فسخ الزواج، بحث مقارن بين الشريعة الإسلامية و الـــشريعتين اليهودية و المسيحية و القوانين العربية ، د.أحمد الحجي الكردي يمامـــة للنشر و التوزيع

٨٩) فسخ النكاح لأسباب مالية ، وأثره في الفقه الإسلامي ، رســـالة ماجستير من المعهد العالي للقضاء ، خالد بن عبد العزيـــز المهيـــزع ، ١٤١٩هـــ

٩٠) فسخ النكاح لغيبة الزوج أو حبسه وأثره في الفقه الإســـلامي ، رسالة ماجستير من المعهد العالي للقضاء ، خالد بن جاسر بـــن حمـــود الجاسر ،١٤١٩

٩١) الفقـه الإسـلامي وأدلتـه ، وهبـة الزحيلـي ، دار الفكـر ،ط١٤١٧هـ .
٩٢) الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، د. بدران أبو العينين بدران ، دار النهضة العربية ــ بيروت
٩٣) الفوائد البهية في تراجم الحنفية / لمحمد بن عبـدالحي اللكنـوي الهندي، دار المعرفة (بيروت ـــ لبنان).
٩٤) القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية ، عبـد الله بـن عيـسى الغديري ، دار المحجة البيضاء ــ ط ١٤١٨
٩٥) القاموس المحيط ، مجد الدين محمد الفيروز آبادي ، تحقيق : مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط الثانية ، ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م .
٩٦) القسمة وأحكامها في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير مـن المعهد العالي للقضاء ، مبارك إبراهيم محمد الدوسري
٩٧) كشاف اصطلاحات الفنون،محمد علي بن علي التهانوي، تحقيق :أحمد بسج، دار الكتب العلمية، ط الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م
٩٨) كشاف القناع عن الإقناع ، العلامة منصور البهوتي ، ت. وزارة العدل السعودية ، ط١
٩٩) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، علاء الـدين عبد العزيز البخاري ، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ط ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .
١٠٠) لسان العرب ، محمد بن مكرم بن منظور ، دار صادر ، بـيروت ،ط الأولى
١٠١) المبـسوط،أبو بكـر محمـد أحمـد السرخـسي،دار الكتـب العلمية،بيروت، ط الأولى،١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

١٠٢) مجلة وزارة العدل في المملكة العربية السعودية .

١٠٣) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ،علي بن أبي بكر الهيثمي ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.

١٠٤) المجموع شرح المهذب،محيي الدين أبو زكريا النووي ، دار الفكر ، بيروت ، ط ١٤١٧هـ١٩٩٧م.

١٠٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، جمع : عبد الرحمن بن قاسم وابنه محمد ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م .

١٠٦) محاضرات في الوقف ، محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ـ ط٢

١٠٧) المحلى شرح المجلى، ابن حزم الظاهري، تحقيق : أحمد شاكر ، دار إحياء التراث ، بيروت، ط الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .

١٠٨) مختار الصحاح ، محمد بن أبي بكر الرازي ، تحقيق : محمود خاطر ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، ط ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .

١٠٩) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات ، ابن حزم ، دار الكتب العلمية، بيروت

١١٠) المستدرك على الصحيحين ، الحاكم النيسابوري، مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى،١٤١١هـ-١٩٩٠م.

١١١) مسقطات الولاية في النكاح ، رسالة ماجستير من المعهد العالي للقضاء ، فهد بن بادي المرشدي ، ١٤١٨

١١٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط وآخرين ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ، ط الثانية ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .

١١٣) مسند الإمام احمد بن حنبل تحقيق : أحمد محمد شاكر، مكتبة المعارف، مصر، ط الثانية ، ١٣٦٨هـ- ١٩٤٨م .

١١٤) مسند الشافعي ، محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي دار الكتب العلمية

١١٥) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي للفيومي أحمد ابن محمد بن علي، المكتبة العلمية (بيروت ــ لبنان).

١١٦) مصنف ابن أبي شيبة المسمى :المصنف في الأحاديث والآثار ، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي ،تحقيق : كمال يوسف الحوت ، مكتبة الرشد ، الرياض ،ط الأولى ، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م.

١١٧) مصنف عبد الرزاق ،أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط الثانية ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

١١٨) معجم المطبوعات العربية ، علي جواد الطاهر ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ـ المكتبة العالمية بغداد ، ط ـ ١٩٨٥ ـ

١١٩) معجم المفسرين ، عادل مويهب ، مؤسسة مويهب الثقافية ، لبنان ، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

١٢٠) المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية بمصر ، عناية د. إبراهيم أنيس وآخرون ، المكتبة الإسلامية ، استانبول ، ط الثانية ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م.

١٢١) معجم لغة الفقهاء د. محمد رواس قلعة جي ـ د. حامد صادق قنيبي ، دار النفائس ـ ط٢

١٢٢) معجم مقاييس اللغة ، أحمد بن فارس بن زكريا ، تحقيق : عبد السلام هارون ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ط٢ ١٣٩١هـ - ١٩٧١م .

١٢٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج محمد الخطيب الشربيني ، دار الفكر ، بيروت،

١٢٤) المغني لموفق الدين ابن قدامة ، ت. عبد الله بن عبد المحسن التركي ــ عبد الفتاح الحلو ، دار هجر ــ ط١ ــ ١٤١٠

١٢٥) المقنع والشرح الكبير والإنصاف في الراجح من الاخلاف، ابن قدامة–شمس الدين ابن قدامة–المرداوي، تحقيق : عبدالله التركي ، دار هجر، ط الأولى،١٤١٥هـ–١٩٩٤م.

١٢٦) المكتبة الشاملة (قرص مدمج)

١٢٧) الملك عبد العزيز والمملكة العربية السعودية المنهج القويم في الفكر والتربية، عبد الله بن عبد المحسن التركي، جامعة الإمام محمد بن سعود ــ ١٩٨٥م

١٢٨) المنتقى من السنن المسندة ، عبد الله بن علي بن الجارود أبو محمد النيسابوري ،ت عبدالله عمر البارودي ، مؤسسة الكتاب الثقافية ، ط١ ١٤٠٨،

١٢٩) منتهى الإرادات في جمع المقنع ،تقي الدين الحنبلي، تحقيق : عبدالله التركي،مؤسسة الرسالة،بيروت، ط الأولى، ١٤١٩ هـ– ١٩٩٨م.

١٣٠) المهذب في فقه الإمام الشافعي ،أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، تحقيق: وهبة الزحيلي، دار القلم ، دمشق ، ط الأولى،١٤١٧هـ–١٩٩٦م.

١٣١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، حطاب محمد بن محمد المغربي ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط الأولى ١٤١٦هـ –١٩٩٥م .

١٣٢) موسوعة الفقه الإسلامي ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر ، القاهرة ، ط(بدون) ، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م .

١٣٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف ، دار الصفوة ، الكويت ، ط الأولى ، ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م .

١٣٤) موطأ الإمام مالك ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، مصر

١٣٥) ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق:علي معوض وعادل عبدالموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط الأولى ١٤٢٥هـ- ١٩٩٥م .

١٣٦) نصب الراية لأحاديث الهداية، عبدالله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي ، تحقيق : محمد يوسف البنوري ، دار الحديث ، مصر ، ١٣٥٧هـ .

١٣٧) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبدالكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط الثالثة، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

١٣٨) نظام القضاء في المملكة العربية السعودية ١٤٢٨هـ .

١٣٩) نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية و التجارية ،ا.د. محمد نعيم ياسين ، دار النفائس _ ط١ _ ١٤١٩

١٤٠) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين أحمد الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

١٤١) النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها د. جمال مرسي بدر الهيئة المصرية العامة للكتاب _ ط٣

١٤٢) النيابة في الطلاق ، حبيب بن فهد بن سفران البشر ، رسالة ماجستير من المعهد العالي للقضاء ، ١٤١٤

١٤٣) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني ، دار الجيل ، بيروت ، ط ١٣٩٣هـ ١٩٧٣م .

١٤٤) وفيات الأعيان و أنباء أبناء الزمان ، أحمد بن محمد بن خلكان ، تحقيق: احسان عباس، دار الثقافة ، لبنان

١٤٥) الولايات الخاصة في الفقه ، محمد بن عبدالله الودعاني ، رسالة دكتوراه من المعهدالعالي للقضاء -١٤١٣هـ
١٤٦) الولاية _ الوصاية _ الطلاق في الفقه الإسلامي ، د. أحمد الحصري ،دار الجيل _ بيروت _ ط٢ _ ١٤١٢
١٤٧) الولاية على النفس ، محمد أبو زهرة ، دار الرائد العربي _ ١٤٠٠
١٤٨) الولاية على النفس بين الفقه الإسلامي و القانون ، د.حسن علي الشاذلي ، دار الطباعة المحمدية _ ط١ _ ١٣٩٩
١٤٩) الولاية على الوقف وأثرها في المحافظة عليه ، عبد العزيز بن محمد الحجيلان
١٥٠) الولاية في النكاح،عوض رجاء العوفي ، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة ، ط الأولى،١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

فهرس الموضوعات :